A 18491285

# NOVÍSIMO TRATADO

## HISTÓRICO FILOSÓFICO

DEL

# DERECHO CIVIL ESPAÑOL,

PRECEDIDO

**de una introduccion acerca del método para su estudio, de un resúmen de la historia del Derecho civil de España hasta nuestros dias y de la legislacion hipotecaria de España y Ultramar.**

---

**SEGUNDA EDICION,**

AUMENTADA É ILUSTRADA CON MÁS DE 4,000 CITAS DE LEYES, SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, CASOS DE ULTRAMAR, LEGISLACION FORAL, ÓRDENES Y DECRETOS.

OBRA ARREGLADA A LOS PROGRANAS ÚNIVERSITARIOS,

ESCRITA POR

## D. CLEMENTE FERNANDEZ ELIAS,

*profesor que fué de Derecho en las Universidades de Madrid y Sevilla.*

---

**I.**

---



MADRID
LIBRERÍA DE LEOCADIO LOPEZ, EDITOR,
calle del Cármen, número 13.

**1880.**

Madrid, 1880.—Imprenta, estereotipia y galvanoplastia de Aribau y C.ª
(sucesores de Rivadeneyra). Duque de Osuna, 3.

# INTRODUCCION.

## I.

No se nos oculta que es una tarea ardua y difícil escribir hoy un tratado de Derecho civil español, siquiera no traspase los más modestos límites, si ha de ser completo y algo concienzudo el trabajo; que la materia es grave, las obras sobre ella publicadas, muchas y muy importantes, y las recientes innovaciones, al par que abren nuevos horizontes, aumentan las dificultades.

Ménos inconvenientes presentaba hasta el año de 1848, pues para conseguirlo bastaba el conocimiento de nuestra historia, esmerado estudio de nuestro Derecho secular y noticia de las ligeras variantes por leyes especiales, pocas en número, en él introducidas. Que por más que las reformas fuesen por todos deseadas, áun no se habia roto el dique que contenia la fuerza innovadora. El Código de Comercio y la ley de Enjuiciamiento mercantil no eran más que leyes especiales que se separaban del Derecho civil, del que habian tomado su parte esencial é integrante.

Rómpese el dique con el Código penal, y gracias al profundo y concienzudo trabajo de la Comision de Códigos, y gracias á los adelantos del país, el Derecho civil español ha variado desde entónces de rumbo y de asiento.

No es ya sólo la ley escrita en vária compilacion encerrada, y aplicada é interpretada con práctica habilidad;

es la ciencia presente dando orígen á un nuevo derecho positivo y modelando sus formas, como la ciencia de pasados tiempos lo habia dado á los nunca bastante alabados códigos de la gente goda, ó del Sabio Rey y de la gente castellana, que durante muchos siglos y luengas generaciones se ocuparon en reconstruir la monarquía de Leovigildo y Recaredo, no sólo reconquistando la perdida tierra, sino que tambien protegiendo con sapientísimas, y por cierto bien poco conocidas leyes, á los pueblos de nuevo conquistados.

La ley de Enjuiciamiento civil, la Hipotecaria, la de Aguas, las del Matrimonio y Registro civil, los cambios en la del Matrimonio civil introducidos, las variaciones que nuevos horizontes abiertos á la riqueza han traido al Derecho comercial, las que nacen por la misma causa de nuestras más extensas y más constantes relaciones internacionales, han introducido profundas modificaciones en la familia, en la propiedad, en los contratos, en la sustanciacion, en los juicios, en una palabra, en la esencia y en la forma de nuestro Derecho civil.

Si el cambio de que hemos hecho mérito hubiera sido total y completo, si en un punto lo antiguo hubiera desaparecido para hacer plaza á lo nuevo, la tarea que emprendemos, aunque siempre importante, sería ménos grave y difícil; pero lo que fué vive al lado de lo que es; el juzgador sentencia por la novísima ley Hipotecaria de España y de Ultramar, y por el Digesto y Fuero de las leyes, y por la de Enjuiciamiento civil, y por las Partidas y Fueros municipales; por las del Matrimonio y Registro civil y Disposiciones posteriores, y por el Concilio de Trento, y por los Ordenamientos y las Recopilaciones, por los Fueros provinciales, y por los Usajes de Cataluña y Leyes de Indias, y por las sentencias del Tribunal Supremo, interpretador autorizado de las leyes, orígen autorizado tambien de lo que ántes nacia en la costumbre, no siempre de gente perita, y con autoridad engendrada.

Legislacion tan vária, de tantas y tan distintas fuentes emanada, compendio admirable donde se encierran la historia y los saberes de un gran pueblo en un período de más de quince siglos, no puede estudiarse con provecho ni ser interpretada con sana crítica, ni aplicarse con justicia, sin que aquel cuyo sea este trabajo siga en parte la historia, que le dará á conocer la razon de ser de importantísimas disposiciones: no han de bastarle, empero, estos conocimientos, ni ha de darle segura y acertada crítica el método histórico, solo y señeramente practicado.

La parte mayor de nuestros códigos antiguos, asaz poco conocidos de propios y de extraños, es, al mismo tiempo que la expresion de las necesidades de una faz histórica determinada, copioso manantial de los saberes filosóficos de los tiempos en que se escribieron; que, cosa rara y digna de un estudio que por muchos se desdeña, en todos se ven magníficos alardes de extensa erudicion, de diccion castiza y elegante, de severa á la par que de profunda filosofía. No basta, pues, que se aplique el método y la crítica histórica al estudio del Derecho español; es cosa necesaria al par que con crítica filosófica se le trate y analice.

Y tanto más es indispensable adunar el elemento histórico con el filosófico, cuanto que, generalmente hablando, el derecho es una nocion espiritual en su esencia, que se realiza en el tiempo y en el espacio, revistiéndose de formas diversas, que, si bien no pueden afectar en lo más mínimo á los principios que le sirven de base, afectan profundamente, la experiencia lo demuestra, á la realizacion práctica de esos mismos principios. Como, por otra parte, ni los hombres ni los pueblos son inactivos, sino que, por el contrario, en actividad constante pasan de un órden de ideas á otro más extenso, porque sus primeras apariciones son materiales, y paso á paso se van dirigiendo á la region del espíritu, pero sin poderse ja-

mas en esta vida aislar el espíritu de la materia ni prescindir de ella en la constante sucesion de relaciones que el hombre sostiene con todo cuanto existe, ni puede romper con lo pasado ni prescindir de él, sino, por el contrario, encadenando lo que es con lo que fué, pasar de un órden de ideas y de civilizacion á otro órden nuevo y más perfecto, aprovechando en él los gérmenes, las costumbres, los hábitos, las creencias de los tiempos y de las civilizaciones que pasaron, modificándolos, ampliándolos, perfeccionándolos, espiritualizándolos, en fin, pero teniendo siempre muy en cuenta que no le es dado á la materia salvar de un solo paso los tiempos, las distancias ni las civilizaciones; que este movimiento rápido é instantáneo sólo le está concedido al espíritu y que el de la humanidad está ligado á la materia.

Así, pues, el estudio del Derecho, en general hablando, habrá de hacerse siguiendo un triple método, que deberá consistir:

1.° En buscar y señalar los principios que la conciencia ha aceptado y aceptará siempre como las reglas á que deben ajustarse las leyes positivas, lo cual es puramente del espíritu (*estudio filosófico*);

2.° Apreciar la mision que realiza la materia, por medio del estudio de las formas concretas de esos mismos principios, conocidas por leyes positivas (*estudio práctico*);

3.° Seguirlos al traves de los tiempos y de las edades sucesivas, para conocer la bondad ó la falsedad de esas mismas fórmulas concretas y los efectos que su aplicacion ha producido y debido producir (*estudio histórico*).

Que la reunion de los tres sistemas, el *filosófico*, *práctico ó expositivo*, y el *histórico*, aumentan las dificultades del trabajo, no hay para qué probarlo, ni tampoco exige prueba, por más que fuera muy fácil presentarla, la necesidad de reunir los tres elementos antedichos, si el libro que preparamos para la estampa ha de llenar nuestras aspiraciones.

Tanto más estamos obligados á proceder con esa crítica de triple carácter, cuanto que el Derecho es una ciencia, y debe ser científicamente tratado.

No se crea que vamos á lanzarnos, ni en esta introduccion, ni en el libro, esencialmente didáctico, que nos proponemos publicar, en busca de abstracciones oscuras é inaplicables; no, la ciencia es la verdad, y la verdad ha de ser práctica, concreta y sencilla, cuando se aplica á la vida práctica, concreta y exterior del hombre. Es, empero, imposible, no ya concebir y dictar, comprender siquiera una legislacion cuya aplicacion práctica pueda hacerse siempre siguiendo servilmente el contexto literal de la ley positiva; aplícase ésta á un sér vário en todo, y cuyas acciones várias son tambien y con variedad infinita ejecutadas; por eso la ley, que en su acepcion más alta es eterna é invariable, en su forma y en su aplicacion práctica es temporal, variable, y, sobre todo, sujeta á *interpretacion*, esto es, sometida á un trabajo *crítico* de la razon y de la inteligencia, para que se la pueda aplicar de diversa manera á cada distinto caso. *Que el saber de las leyes*, dice el sabio autor de las Partidas, *no es tan solamente en aprender é decorar las letras dellas*, *mas en saber el su verdadero entendimiento* (1).

La necesidad de esa *interpretacion*, que hacen el legislador, el juzgador y el abogado; que no despareceria aunque, lo cual no es posible, la legislacion fuese *una*, *sábia* y *recientemente dictada*, es más grave y difícil cuando diversos tiempos, diversas causas las han dado el orígen y el nacimiento. Que si entónces un criterio científico bastaria tal vez para conocerlas y darles acertada direccion, ahora es preciso unir á éste un criterio y conocimientos históricos claros y precisos.

En el revuelto movimiento de los tiempos, las existencias que tuvieron en su orígen *unidad*, se multiplica-

---

(1) Partida 1.ª, t. I, l. XIII, l. IX, t. V. L. VII. F. J. F. XVII. D. 1-3.

ron más tarde para volver á la unidad primitiva, si bien modificada y con diversos caractéres enriquecida; que la unidad primordial es siempre embrional é incompleta, miéntras que la final es vária, armónica y completa; esto es, aquélla contiene en gérmen los diversos elementos de vida y desarrollo de los seres, miéntras ésta los ostenta robustos, distintos y deslindados. Y esto, que es una verdad racional, la historia de los tiempos cumplidamente lo demuestra.

La ciencia, pues, y entiéndase que de ella en general hablamos, despues nos ocuparémos de la del Derecho, ha pasado por esa triple fase de la vida; esencialmente unitaria primero, aunque encerrando gérmenes de diversificacion y de contradiccion, pierde muy luégo su unidad, y durante un largo período, de lucha y de desequilibrio horribles suelen ser estos tiempos, ostenta como carácter distintivo la variedad sin armonía; más tarde los elementos varios se armonizan racionalmente, y la verdadera unidad, la unidad que nace de la variedad armonizada, comienza á ejercer su saludable influjo.

Los *métodos*, procedimientos para conocer la ciencia los definen algunos, deben variar mediante que las formas y fases de la ciencia cambian y se modifican ; que de diversa manera ha de tratarse el árbol naciente que el árbol secular y envejecido, por más que sea una su naturaleza, y unas tambien las leyes que á entrambos rigen.

*Unidad* tambien se advierte en la humana existencia, en vano sería negarlo ; unidad admirable en las diversas leyes esenciales que la rigen y gobiernan ; pero la variedad existe en ella, y los tiempos, las creencias, los hábitos, el desarrollo de la razon y el predominio de la materia ó del espíritu la hacen más ó ménos poderosa é imponente. Estos elementos, la unidad, la variedad y la armonía, apariciones sucesivas del espíritu y de la materia, hacen que el hombre recorra, mediante una inmensidad de modificaciones, el largo y difícil camino que desde

la unidad primitiva conduce á la unidad final, armonizados en ella los distintos elementos que sostenian la variedad.

Los *métodos* deben modificarse á proporcion que la ciencia y la existencia del hombre se modifican. Simples serán en aquellos tiempos en que la unidad embrional domina; múltiples más tarde, cuando la variedad impera; complejos y compuestos se ostentarán, en fin, cuando la variedad se presenta armonizada por la razon en la verdadera unidad, en la unidad del espíritu.

Que al ocuparnos del Derecho, nos ocupamos de una ciencia que hoy se halla comenzando su tercer período, esto es, el de la variedad reducida á la unidad por medio de la armonía, cosa es fácil de comprender y que probarémos pronto; por consecuencia, el método que apliquemos á su estudio debe ser, como ántes deciamos, complejo y compuesto: *filosófico*, á fin de fijar los principios absolutos que han de darnos un *criterio* firme y seguro, para apreciar la justicia de cada institucion determinada; *histórico*, para conocer la marcha progresiva que el Derecho positivo ha seguido, y poder con exactitud señalar lo que áun debemos conservar de lo que la antigüedad nos legára; y *práctico*, para que, conociendo la parte dispositiva de la ley, podamos aplicarla con justicia y con conciencia.

Sin adunar estos tres sistemas, ni nos es posible conocer á fondo el Derecho, ni ménos interpretarlo y aplicarlo como debe hacerlo el verdadero jurisconsulto.

Para poder llegar al método complejo de estudio que resulta de los tres sistemas reunidos, es necesario comenzar tratando científicamente el Derecho, á fin de obtener un *criterium* que sea sólido cimiento de nuestra obra.

Entiéndese por *ciencia*, *un órden de conocimientos y de ideas fijos é invariables*, *que tienden á ensanchar el dominio de la verdad y del bien*, *dando á conocer la naturaleza*

*esencial de las cosas, y revelando al hombre el destino que en una faz especial de su vida activa debe realizar.* Basta fijarse un punto en esta definicion para comprender que es imposible estudiar una ciencia, si sólo nos ocupamos del conjunto de conocimientos que la constituyen, de la forma externa y puramente material que reviste ; ni conocerla como tal ciencia, si no nos elevamos á la nocion de los principios ciertos é invariables en que se asienta; porque, siendo el hombre algo más que un sér sensible, reuniéndose en admirable consorcio en su naturaleza, tan vária como armónica, los dos grandes órdenes de existencia, la materia y el espíritu, el hombre es el único sér de la creacion terrena que tiene facultades para relacionarse y conocer todo cuanto existe, el único que todo lo abraza con su inteligencia, todo lo vivifica con su amor, sobre todo ejerce el poder de su voluntad, á todo imprime, en fin, el sello augusto de su espiritualismo.

Al conocer lo que existe y se presenta á su apreciacion, formulado de una manera externa, siente en el fondo de su alma una aspiracion profunda, que le impulsa á investigar por qué existe y para qué existe cada cosa ; y como este conocimiento no puede proporcionárselo el cuadro práctico externo y limitado de la ciencia ; como, por otra parte, necesita de una garantía que le asegure de que la ciencia, tal cual la ve y se presenta á su estudio, es la expresion más alta y genuina de la verdad, su inteligencia y su razon se elevan rápida y poderosamente del terreno concreto de los hechos al abstracto de los principios que han de servirle de faro en su camino, y darle la medida cierta y segura de los grados de verdad que la ciencia encierra. Abandona la materia para seguir los más nobles impulsos del espíritu ; prescinde de la forma externa para elevarse con poderoso vueló en busca de los elementos productores.

Véase por qué no se conoce una *ciencia*, ínterin no se comprenden los principios de donde un órden de cono-

cimientos determinado nace, los móviles por cuyo medio se desarrolla, la razon de existencia de aquellos principios y de estos móviles, y por último, el fin á que, en virtud de esa actividad y de esos desarrollos, el órden de ideas y de conocimientos sometido á nuestro exámen, se dirige. Conocer, pues, una ciencia es conocer la verdad en su faz espiritual, los principios espirituales tambien, al par que fijos é invariables, que sirven de base y sólido cimiento á un órden de ideas determinado, la manera con que ensanchan la esfera de accion de la verdad, del bien, el fin de ese órden de ideas, y el que por su medio debe el hombre de realizar en la creacion.

Sólo así le es dado al hombre depurar lo existente, apreciar la verdad que lo existente encierra, comprender los errores que lo afean y desfiguran; sólo así, salvando las barreras de lo material y puramente externo, satisfacer cumplidamente las grandiosas aspiraciones de su inteligencia y de su espíritu, elevarse de lo condicional á lo incondicional y eterno, de lo presente á lo que está por venir, y acercarse al término ulterior de su carrera.

La *ciencia*, empero, no es estacionaria en sus manifestaciones, sino activa como el espíritu, y perfectible; así que, una vez conocidos sus principios, su naturaleza y el fin especial que debe realizar, se hace necesario comprender su marcha al traves de los tiempos, el camino que ha seguido hasta su estado presente, y el que deba seguir en las futuras edades.

¿Cómo podrémos llegar á este resultado? ¿Cómo conocer la marcha histórica que la ciencia ha debido seguir? ¿Cómo, si la que ha seguido hasta el presente ha sido acertada y justa? ¿Cómo, en fin, la que deba verificar en adelante? Sólo por medio de una operacion reflexiva, cuyos términos serán, por una parte, los conocimientos fundamentales ántes enunciados; por otra, la ciencia tal cual existe, revestida de sus formas externas y tangibles. La comparacion de estos dos términos nos dará un

*criterium* de verdad, cierto y seguro, para resolver las enunciadas cuestiones.

## II.

Derecho, en su acepcion más lata, no es otra cosa que *el conocimiento de los principios eternos, leyes internas y externas, pero ciertas y seguras, que el hombre cumple racional, voluntaria, libremente, y en virtud de las que regula su vida externa de relacion y cumple una parte de su destino.* Basta fijarse en esta definicion, y recordar lo que hemos dicho en el párrafo anterior, para demostrar que el Derecho es una ciencia.

1.° Hemos dicho que una *ciencia* no es otra cosa que un órden de conocimientos fundado en principios ciertos é invariables : veamos si el *Derecho* cumple con esta condicion. Que el hombre tiene un *destino* que cumplir es una cosa indudable, y no lo es ménos que este destino es siempre *uno*, siempre *igual*, en su esencia se entiende, como que consiste en el *bien* libremente concebido y libremente realizado ; las *facultades* del hombre, que contribuyen á la realizacion de su destino, son tambien esencialmente *unas é iguales*, la *razon*, la *voluntad*, la *libertad;* las *fuerzas materiales* que le impulsan hácia el mismo término, tambien ostentan los caractéres de *igualdad* y de *unidad.* Siendo, pues, *uno é igual* el *fin*, *unas é iguales* las *facultades* del espíritu y las *fuerzas* de la materia, unas é invariables deberán ser necesariamente las *condiciones*, *leyes*, que dirijan la accion del hombre. Téngase muy presente, *a*, que hemos hablado siempre de igualdad y de unidad esenciales ; pero que no hemos tratado de la igualdad ni unidad de desarrollos, y consiste esto en que en ellos la verdadera unidad y la verdadera igualdad consisten en la variedad y en la desigualdad racionalmente armonizadas ; y *b*, que hemos dicho

fijeza é invariabilidad en los principios, en las leyes primarias, lo que no excluye que las leyes secundarias sean variables.

2.° Toda *ciencia* debe tender á ensanchar la accion de la verdad y el dominio del bien: el hombre, en su cualidad de sér espiritual y en el terreno del Derecho, se mueve *en sí*, esto es, en su sér mismo espiritualmente, y *por sí*, puesto que tiene elementos, facultades y fuerzas activas y propias; pero no *para sí*, sino para la realizacion del bien supremo; y como no puede llegar á la realizacion de ese fin sin desarrollarse y perfeccionarse, y esto lo verifique en parte por medio de las leyes que constituyen el derecho, éste aparece adornado con el segundo carácter distintivo de toda ciencia, á saber: tendencia á ensanchar el dominio de la verdad, del bien.

3.° Finalmente, toda *ciencia*, al par que dar á conocer la naturaleza de las cosas que en ella se encierran, debe revelar al hombre su destino como sér creado y activo; pues bien, los principios del Derecho, no sólo confirman al hombre en el conocimiento de su naturaleza interna y en el de la de los seres que le rodean, y con los que sostiene constantes relaciones, sino que le revelan el destino que debe realizar como sér individual y como sér colectivo, y le enseñan que debe contribuir á que los demas seres con él relacionados cumplan el suyo.

Si, pues, el Derecho es una ciencia; si nace en el espíritu; si está íntimamente ligado con la moral, aunque sin jamas confundirse con ella; si en su aparicion externa, como ley reguladora de la vida de relacion, jamas pierde el carácter espiritual que acompaña y afecta á sus principios absolutos; si tendiendo á la realizacion del bien, debe siempre conspirar á que el espíritu domine y dirija á la materia, evitando por una parte que ésta quede anonadada, y por otra que impere sobre aquél, ¿bastará, por ventura, para conocer el Derecho; bastará para que produzca los resultados á que está destinado, con que

sólo conozcamos el cuadro concreto y positivo del Derecho, siquiera sea completo y acabado? ¿Qué será el Derecho positivo sin el amparo y la ayuda del Derecho como ciencia considerado? No; el Derecho positivo, si no se apoya en el Derecho natural ó ciencia del Derecho, si no se cimenta en los principios de éste, si no busca en ellos el *criterium* justo y profundo para las disposiciones positivas, queda reducido sólo á la expresion de la voluntad humana, facultad deleznable en su aislamiento, y sujeto á error en el fondo y en las apreciaciones. Podrá aparecer á las veces como una regla justa, pero jamas como nocion estable, tanto porque la voluntad que lo creó podrá á su arbitrio destruirlo, cuanto porque se moverá á impulsos del huracan embravecido del egoismo y de las pasiones. ¡Cuán diferente si reposa en los principios de la moral, de la justicia, en una palabra, del Derecho como ciencia!

La historia, inexorable, nos demuestra que sólo cuando el Derecho se ha asentado en tan sólida base ha sido duradero y provechoso: siendo esto así, elevémonos con la razon de lo que es á lo que debe ser, busquemos en el espíritu, y por tanto en el conocimiento de la ciencia, los principios en que la del Derecho descansa. Si el Derecho no es otra cosa que *el conocimiento de las leyes externas é internas, pero eternas, ciertas y seguras..... en virtud de las que el hombre regula su vida exterior y cumple una faz de su destino general;* si el destino que el hombre debe realizar es el *bien;* si el *bien* es la expresion de la verdad; si se ha de realizar espiritualmente, aunque por medio de la materia como elemento intermediario y de relacion entre los seres: ¿será, por ventura, indiferente para el hombre el conocimiento de esas leyes, mediante las cuales todas esas nociones esenciales é integrantes de su existencia y de su destino han de hallar su cumplimiento?

Ciertamente que no; por el contrario, el estudio, el

profundo conocimiento de esas condiciones, de esas leyes, será de alta importancia; sólo así podrá el hombre poseer la seguridad de que, léjos de separarle de la consecucion de su destino, como sucederá indudablemente siempre que sean falsas ó erróneas, son la expresion de la verdad y los elementos preciosos en que debe apoyarse para conseguir su fin; sólo entónces una fuerza poderosa, superior á toda fuerza material, como de más alto orígen, una fuerza que recibe el nombre de ley del deber, que viene de Dios, que radica en la razon, obligará al hombre á obrar segun el derecho, le impelerá con poder irresistible, y destruyendo toda barrera opuesta por la materia y por el egoismo, legitimará la ley positiva, dándole permanencia y haciéndola respetar.

Y sin embargo de todo lo expuesto, si al tratarse de la ciencia en general existen escuelas que proscriben todo estudio acerca de los principios, y se fijan solamente en el cuadro concreto, al par que mezquino y material, que presenta á nuestros ojos una ciencia ya formada y en accion, jamas esas escuelas se ostentan con más fuerza, combaten con más brío, ni hacen más supremos esfuerzos por obtener el triunfo, que cuando la ciencia en cuestion es la del Derecho. El célebre Bacon nos retrata esta lucha, nos muestra, tal vez en poquísimas, pero elocuentes frases, la razon de su existencia, señalando al propio tiempo lo que la filosofía y la práctica tienen de incompleto. *Philosophi proponunt multa dictu pulchra, sed ab usu remota. Jurisconsulti autem, suæ quisque patriæ legum vel etiam romanorum vel pontificiarum placitis obnoxit et addicti judicio sincero non utuntur, sed tanquam è vinculis sermocinantur* (1). Vaga en sus concepciones, remota en la aplicacion, inaplicable á veces, llaman á la ciencia los que se dicen prácticos, para doblar la frente con supersticioso respeto ante las leyes positivas. No hacen di-

(1) Bacon, *De Augm. Scient.*, l. VIII, c. III-V.

ferencia entre el Derecho concreto y el natural, desconocen la profunda distincion que entre la moral y el Derecho existe, sin comprender siquiera lo que deba entenderse por justicia. Encerrados en el círculo de hierro de las legislaciones positivas, apegados solamente á la letra muerta de la ley, desconocen y niegan todo tipo racional, de Derecho, prescinden de su esencia invariable, de la conformidad que debe tener con la naturaleza racional del hombre; se olvidan, por lo tanto, de toda nocion espiritual, y ligándose más y más con estrechísimo lazo á la materia, ni comprenden las nociones de bien, de justicia y de moral, ni pueden elevarse á ellas, y perdidos todos los lazos que debieron unir al hombre y á la ciencia con el espíritu, la materia triunfa, la ley del deber se desconoce, y la humanidad, impulsada por el egoismo, se arroja en brazos de la fuerza. ¿Y cómo podrá ser de otra manera? El Derecho positivo surge de la voluntad humana, del *poder* que la representa, y la voluntad sin la razon es una fuerza material y ciega, que sólo puede producir materiales resultados. Pero la razon individual y terrena no basta, es preciso que algo más alto se imponga á la voluntad; es preciso que los eternos principios de verdad y de bien que forman la ciencia la dirijan y la iluminen, y le muestren el término feliz de su carrera.

Empero, si los prácticos, exagerando su ódio á todo lo que con carácter científico se presenta, pueden á tan tristes consecuencias conducirnos, materializando la vida, arrancando al hombre cuanto de noble y grande le agita y le conmueve: los filósofos, lanzados al espacio de abstrusas concepciones, tomando al hombre como si estuviera aislado del mundo y viviendo en las regiones del espíritu, roto todo lazo exterior y con el mundo de la materia, como si fuera perfecto y no perfectible, despreciando á su vez lo tangible y terreno, le colocan en un mundo imaginario y legislan á su antojo en el fondo

y en la forma, para producir más tarde, gracias á su poco reflexivo afan de innovacion, tremendas reacciones y horribles *desquilibrios*.

Y es que unos y otros forman un hombre tal cual le han soñado en su gabinete, y es que unos y otros se olvidan de que el hombre es la admirable reunion de la materia y del espíritu, y que es grave pecado, que traerá más graves y funestas consecuencias, romper el santo lazo con que el Creador ligára el espíritu y la materia.

Este divorcio entre los elementos constitutivos de la humana naturaleza, esta ruptura profunda, y á veces calculada, que entre ellos se ha querido mantener, el predominio que motivos especiales dieron á la materia sobre el espíritu, causas han sido, la historia asaz cumplidamente lo demuestra, de que la ciencia no siempre haya acertado á definir y explicar el Derecho natural. Verdad es que la humanidad ha sido víctima de errores groseros, tristísimos resultados han producido estos errores, por ellos se ha olvidado casi por completo la nocion de *deber*, anteponiendo en principio y en la práctica la de *derecho*, que la está subordinada y que no puede existir sola y sin relacion con aquélla ; verdad, triste por cierto, que durante luengos años la materia ha dominado al mundo y sido el orígen de donde nacieran las legislaciones positivas, el elemento regularizador de toda vida de relacion ; empero esto no es bastante para que, lanzados en pos de una quimera, queramos anonadar y hollar la materia.

Volvamos los ojos á la historia, que algo nos enseñan siempre sus apartados ejemplos y sus remotas lecciones; veamos de qué manera en la marcha providencial de las edades, una voluntad superior ha conservado en medio de ese predominio de la materia, á pesar de esa dolorosa esclavitud del espíritu, el sagrado gérmen de la verdad en todos los pueblos, en todas las edades, en todas las civilizaciones.

Pues bien, si esa voluntad suprema, en medio del materialismo horrible de la edad antigua, no ha querido que se pierdan por completo las nociones espirituales, para que jamas la preciosa cadena que eslabona el espíritu con la materia se rompa, no seamos nosotros, orgullosa criatura, tan ciegos, que queramos hoy, contra sus altos decretos, sacrificar la materia en aras del espíritu.

Verdad es, sin grave dificultad comprobada, que en medio de la larga serie de siglos en que el materialismo dominaba al mundo, el espíritu y la verdad han hecho sus apariciones sucesivas, influyendo providencialmente en la marcha de la humanidad, salvando siempre los grandes principios, marcando siempre á aquélla su verdadero camino y señalándole el término final de su carrera.

Si los límites, siempre estrechos, de una introduccion nos permitieran fijar la vista en las distintas fases históricas de la vida, demostrariamos fácilmente que jamas se olvidaron por completo, ni por completo dejaron de influir los grandes principios, las verdades inconcusas que, pese á los prácticos, sirven de base y de cimiento al Derecho en sus aplicaciones concretas, y que esas mismas leyes positivas, ante las que inclinan la frente, merecen su respeto precisamente porque, ó no se apartan de ellos, ó por lo ménos no los contrarian.

Eminentemente adorador de todo lo bello, y por tanto, no ménos amante de la belleza filosófica, el pueblo griego modeló sus costumbres y manera de vivir, ya que no su legislacion, perdida para nosotros en el polvo de las edades, por la doctrina de Pitágoras y de Sócrates y de Platon y de Aristóteles, cuyas profunda intuicion y alta ciencia hoy admiran al estudioso, y dan tregua y respiro al ánima contristada por la contemplacion de los errores, de los vicios, de la degradacion, que dominaron á la antigüedad.

Roma, la patria del Derecho, ¿quién, con sus leyes en la mano, se atreveria á negarlo? Roma, la señora del

mundo antiguo, la ilustre progenitora del mundo y de los saberes modernos, ¿debió poco de su brillante importancia á la benéfica influencia de esos principios, conservados en sagrado depósito y con amor multiplicados por los estóicos? ¿Debió á otra cosa el impulso que le hizo recorrer rápidamente el camino hácia la perfeccion, desde el *jus decemvirale*, *horribile carmen in duodecim tabularum inscriptum*, hasta el *jus honorarium* y las *responsa prudentum*, bellísimos materiales, tal vez con poco arte y sin concierto, pero para bien de la ciencia en las *Pandectas* conservados?

¿No fueron, por ventura, esos principios los que tanto contribuyeron á destruir la familia quiritaria, de creacion puramente jurídica, para sustituirla con la familia, creacion de la naturaleza, regulada por esos principios, por ellos dirigida, sometida á ellos? ¿A qué se debe el cambio total y profundo que sufrieron las relaciones de Derecho internacional privado especialmente, de la altiva Roma? El *hostes*, el *peregrinus*, el *barbarus*, existencias eran que pasaban por la gran ciudad sin dejar rastro alguno, seres sin vida para la señora del mundo antiguo; para ellos no existia el Derecho, ni la vida de relacion con los romanos, ni tenian personalidad propia, ni nombre; eran sólo un objeto, sobre el que podian saciarse la codicia y la crueldad romanas, que seguian en esto la política, las creencias, la manera de ser de todos los pueblos de la edad antigua: empero, por una parte su política especial, muy pronto despertada, por otra el estudio profundo que hicieron del Derecho y las no despreciables nociones que de la ciencia y del Derecho racional tuvieron los hombres de estado y los jurisconsultos; conocimiento providencial sin duda, y sin el cual no podian llenar la gran mision de dar la unidad al mundo antiguo, preparando así la entrada al mundo y á las civilizaciones modernas, las causas fueron, si bien ocultas, áun para sus hombres más eminentes, que poco á poco ensancha-

ron el círculo de las relaciones internacionales, despojando al extranjero de su carácter extraño, reconociendo su personalidad, dándole derechos, abriéndole las puertas del Capitolio, y dando orígen á aquel *jus gentium*, si elemento aún de fuerza y de dominacion, conteniendo en gérmen todos los grandes principios, que, sea dicho de paso, para aminorar el orgullo del siglo presente áun no han hecho los mayores progresos en nuestros dias (1), lo que prueba que no es la voluntad el manantial de la Justicia y del Derecho.

*Jus gentium*, que formulado por los pretores, aplicado por ellos con el exquisito tacto que á estos magistrados distinguia, creó un Derecho internacional privado tan perfecto como podria desearse en aquellos tiempos y en aquellas civilizaciones, y sin duda alguna mucho más justo y equitativo que el reconocido y usado en los siglos medios. *Jus gentium*, que áun no se ha estudiado por nosotros con el cariño y profundidad que merece, pero que dará siempre útil enseñanza al estadista, al político y al jurisconsulto, que hallarán en él copia no escasa de ciencia, de principios innegables, de bondad y de justicia.

Si no podemos decir respecto al Derecho internacional público lo que del privado hemos expuesto, no es tanto porque se desconocieran los principios, cuanto porque la aplicacion era imposible en aquellos tiempos, y hubiera ademas contrariado la mision que Roma estaba encargada de realizar en el mundo antiguo, su unificacion para que la divina palabra fructificase con rapidez sorprendente.

Pues bien, ese progreso del mundo romano que hoy nos admira, esas leyes que tras diez y nueve siglos pesan aún sobre las naciones y la civilizacion modernas,

---

(1) En el Derecho internacional todavía la fuerza domina al mundo; leccion elocuentísima ha dado de esta verdad la Prusia con la ciudad de Francfort.

ese sentimiento de justicia que se revela en todos sus códigos, en sus costumbres, en sus hábitos, esa perfeccion que más encanta cuanto más se estudia, ¿en dónde hallan su orígen? Tantas verdades como esa legislacion atesora, razon escrita se la llama con justicia: ¿dónde, sino en el conocimiento de la ciencia, se asientan y se confirman?

Que no fueron ni la casualidad ni el ciego acaso los elementos productores de tanto bien, fácilmente se aprende si recordamos las bellísimas páginas que Ciceron y Séneca y Ulpiano, y tantos otros filósofos y jurisconsultos de la edad de oro han legado á la posteridad, reconociendo, aceptando y llevando á la vida práctica los principios de la ciencia que habian de hacer del Derecho de Roma copioso raudal de verdad, de justicia y de razon inagotables.

¿Qué más podria decirse en el siglo presente que lo que escribió el príncipe de la romana elocuencia en su libro *De legibus*, del que nos vamos á permitir citar varios fragmentos, como prueba de la importancia que daba á los principios y del profundo conocimiento que de ellos tenía? *Nihil ex profecto præstabilius quàm planè intelligi nos ad justitiam esse natos, neque opinione, sed natura constitutum esse jus. Etenim*, dice en otro lugar, *unum jus quo devincta est hominum societas, et quod lex constituit una, quæ lex est* RECTA RATIO *imperandi atque prohibendi, quam qui ignorat, is est injustus sive est illa scripta uspiam, sive nusquam. Non ergo a prætoris edicto, neque a duodecim tabulis, sed penitus* EX INTIMA PHILOSOPHIA *haurienda juris disciplina est..... ut hoc, civile quod dicamus in parvum quædam et augustum locum concludatur naturæ. Natura enim juris explicanda est nobis, eaque ad hominis repetenda natura.* ¿Puede con mayor elocuencia fijarse la importancia de la filosofía, amor á la verdad se definió, que como se hace en el siguiente pasaje del mismo orador? *Oh vitæ* PHILOSOPHIA *dux..... Tu urbes peperisti: tu disi-*

*putos homines in societatem vita convocasti; tu eos inter se primo domiciliis deinde conjugiis, tum literarum et vocum communione juxisti: tu inventrix legum, tu magistra morum et disciplinæ fuisti. Est non scripta*, dice de esos mismos principios, *sed nata lex quam non didicimus, accepimus, legimus verum ex natura ipsa arripuimus, hausimus, ad quam non docti, sed facti; non instituti, sed imbuti sumus.*

¿Pueden definirse y describirse el Derecho más alta y filosóficamente que lo hacen Ulpiano y Celso en su fragmento conservado en el Digesto? *Juri operam daturum prius none oportet, unde nomen juris descendat. Est autem a justitia appellatum: nam* (ut eleganter Celsus definit) *jus est ars boni et æqui..... Cujus merito quis nos sacerdotes apellet: justitiam namque colimus et boni et æqui notitiam profitemur: æquum ab iniquo separantes; licitum ab illicito discernentes: bonos non solum metu pœnarum, verum etiam præmiorum quoque exhortiatione efficere cupientes: veram (nisi failor) philosophiam, non simulatam affectantes* (1).

¿Ni con más verdad que Justiniano en su Instituta (2): *Sed naturalia quidem jura quæ apud omnes gentes peraquæ servantur, divina quadam providentia constituta semper firma atque immutabilia permanent?* ¿Puede, sin grandes conocimientos filosóficos, darse la definicion de Jurisprudencia con que se encabeza el mismo libro (3): *Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia justi atque injusti scientia*, duramente combatida por demasiado abstracta, próxima hoy á ser rehabilitada por la moderna filosofía?

Verdad es que el pueblo romano y sus hombres de ciencia, poco amigos de los sistemas, á veces exagerados, ni del poético idealismo de los griegos, no formulan brillantes teorías; verdad es que, materialistas en su esencia y en sus formas, no distinguen, no pueden distinguir

(1) F. 1.º D. 1-1.
(2) Inst. L. 1.º, t. II, S. 11.
(3) Inst. L. 1.º, t. I, S. 1.

la justicia de la moral; pero áun confundidas ambas nociones, las definen y las toman como base de su legislacion, de su vida social, de sus relaciones internacionales, de su derecho, en fin.

¿Quién, al estudiar al gran pueblo, no adivina cuando tras de un largo período de lucha y de elaboracion tremendas ve al frente de los códigos justinianeos la definicion de *justicia*, que Pitágoras y que Platon, traducidos y modificados, y traidos á la vida práctica por Ciceron y los jurisconsultos de la edad de oro, la han dictado?

De oscura y de incompleta la han tachado los tratadistas de Derecho y los padres de la moderna filosofía; rechazada y combatida, ha sido olvidada por mucho tiempo, por mucho tiempo tratada con calçulado desden, y á pesar de los esfuerzos y razones de sus impugnadores, confesamos que ninguna de las que la ciencia moderna ha formado nos parece ni más completa ni más filosófica, ni más clara, y que esperamos verla rehabilitada por la misma filosofía, que la ha rudamente combatido.

Que los jurisconsultos romanos alcanzaron la nocion de la *justicia* con cuanta perfeccion podia alcanzarse en aquellos tiempos, y que, áun confundiéndola con la de la moral, marchaban por el buen sendero, pruébanlo, á nuestro ver, cumplidamente las siguientes frases del Digesto (1): *Cujus merito quis nos sacerdotes appellet : justitiam namque colimus : et boni et æqui notitiam profitemur : quæum ab iniquo separantes : licitum ab illicito discernentes*, etc. ¿Qué más podria decirse hoy, á pesar de la superioridad de nuestra civilizacion y de nuestros más extensos y profundos conocimientos? ¿Puede colocarse más alta la idea de la justicia? ¿Pueden elevarse más los deberes y la consideracion de los que están encargados de conocerla y de interpretarla y de hacer su aplicacion?

(1) F. 1.°, 1, 1

No; la idea, la nocion de justicia no era desconocida del pueblo romano, no lo era de sus filósofos ni de sus jurisconsultos; confundíanla con la nocion de la moral, cierto; no conocian bastante claramente su extension ni sus límites, cierto tambien; erraron muchas veces en su aplicacion práctica, ¿cómo dudarlo, cuando para distinguirlas, para conocer la extension y límites de ambas, para aplicarlas, era necesario conocer á fondo la esencia de la naturaleza humana, esto es, la del espíritu y la de la materia, y el fin que cada elemento está llamado á realizar en la vida? Por eso se desconocieron en aquella legislacion muchas de las ramas del derecho que hoy nos son familiares; por eso se cometieron errores de gravedad y de trascendencia suma; pero á pesar de todo, esos conocimientos, siquiera ménos perfectos y profundos de lo que fuera de desear, le permitieron crear un derecho civil de apreciable y no escasa valía.

La mision que el Eterno asignára al pueblo-rey no era por cierto la de crear nuevas civilizaciones, no; el poder creador no se otorgó á las antiguas nacionalidades, porque ese poder creador no podia ser material, habia de ser necesaria y esencialmente espiritual, nacer de muy alto orígen, porque la creacion de un mundo nuevo sólo podia ser la obra de Dios. Roma, como todas las nacionalidades de la edad antigua, nacia con el gérmen de la muerte en el corazon; entidades puramente materiales debian seguir y siguieron realmente á la materia en todas sus consecuencias; nacen, mueren, y del cadáver surgen nuevas existencias. No podia Roma escaparse á la regla general siendo la materia su elemento de vida y de existencia; pero ménos material indudablemente que los demas pueblos antiguos, aunque lleva en sí todos los gérmenes de su muerte, no mata, como aquéllos, cuanto toca, sino que lo cambia, lo modifica y lo asimila para morir con ello, es cierto; pero tambien para preparar con esa muerte una gran catástrofe y una santa admira-

ble resurreccion. ¿Y cuál es el arma poderosa con que Roma combate y vence y asimila un pueblo y otro pueblo, una civilizacion y otra civilizacion? La fuerza, pero no sola y aislada, sino acompañada y modificada por el Derecho y por la razon y la justicia; la primera combate y vence; los segundos modifican, unen y hacen de todos los pueblos entónces conocidos el mundo romano. ¡Admirable faz de la historia! El mundo antiguo debia morir de un solo golpe, para que de sus cenizas renaciera el mundo moderno. Roma da la unidad á aquel mundo, y lo unifica, no sólo por la fuerza, sino tambien por la justicia y por el Derecho.

¿Y cuándo se comienza y cuándo termina esa obra gigantesca, que el genio de Alejandro y de los grandes conquistadores habia intentado, aunque en vano? Precisamente cuando los *tiempos se habian cumplido*, cuando la palabra de redencion habia sonado, cuando el espíritu recobraba sus fueros, cuando el reinado del mal y de los errores habia terminado, cuando la materia habia perdido su pujanza y poderío. ¡Cuán tremendos debieron ser esos momentos! ¡Con qué profundo estupor debieron presentirlos las almas elevadas, asaz claramente lo demuestran los escritos que de esa época de temor y de vacilacion nos ha trasmitido milagrosamente la tradicion!

¡Cuán grandes y cuán profundas lecciones nos proporciona la vida de los antiguos pueblos! ¡Cuán admirable es la ligazon que entre su existencia, su manera de ser y la santa providencial mision que deben desempeñar se advierte! Grecia nace, y desde sus primeros momentos se distingue por el profundo sentimiento de lo bello que domina y dirige su existencia; y si lucha y combate y destroza y aniquila al vencido enemigo, un Homero, cantando sus luchas y sus triunfos, hace grata la memoria del cruel vencedor; más tarde el genio griego se desborda, y *Táles*, y *Anaxágoras*, y *Pitágoras*, y *Sócrates*, y *Platon*, y *Aristóteles*, lanzados en pos de abstrusas é idealistas

concepciones, no olvidan jamas la belleza, y fundan en ella casi todos sus filosóficos sistemas; pero poetas, y pueblo, y sabios, y filósofos, al perseguir lo bello en su inmensa carrera, se colocan en un mundo imaginario fuera del mundo práctico, y Grecia perece, sin que tanta poesía, sin que tanta ciencia produzcan aparente resultado. Y era que su mision, puramente idealista, consistia sólo en hacinar y preparar los materiales, crisol inmenso donde el idealismo, en inmensa ebullicion, se mezclaba y revolvia, necesitaba un molde que diese la figura y lineamientos; que muy léjos aún de la época de verdadera unidad, no podia realizar ni la puramente material que Roma realizó. Sus sabios vivian sólo para la ciencia, y ésta no pudo influir por lo tanto en la vida pública, que aquéllos desdeñaban, y de la que estuvieron completamente separados, y por eso ni el genio colosal de Alejandro, el discípulo de Aristóteles, á pesar de haber presentido el gran acaecimiento de los siglos antiguos, le pudo dar cima; su magnífica conquista del Asia fué sólo la destruccion de la fuerza por la fuerza, cuyo imperio, en todas partes quebrantado, hizo más fácil la dominacion de Roma.

En cambio, la ciudad de las siete colinas nace cobijada por la bárbara rudeza, que nunca pierde por completo el altivo ciudadano; apénas conoce la belleza, apénas si se eleva al más grosero idealismo, no halla un poeta que cante sus primeras victorias, ni un sabio que ilumine, cual *Táles de Mileto*, sus primeros pasos en la vida. Lucha con los pueblos comarcanos y los domina y los vence, luchando y combatiendo al propio tiempo dentro de sus muros; pero tiene tanta confianza en su fuerza, tanta fe en su destino, lleva tan alta su ruda altivez, que jamas destruye al vencido, sino que áun en sus más antiguas guerras trae al vencido á su seno, y hasta le da asiento en el Senado. La misma lucha que destroza sus entrañas, y que en Grecia produjo siempre la destruc-

cion ó la esclavitud del vencido, decide en Roma la primera aparicion del *Derecho*, rudo, bárbaro, cruel, pero que muy pronto irá perdiendo su rudeza y su barbarie, para regir más tarde al mundo; y cuando el Derecho se haya impuesto como fuerza superior dentro de la ciudad, saldrá fuera, se impondrá á los pueblos conquistados, y será el lazo sublime de la unidad romana. Jamas el idealismo griego dominará en Roma, y, sin embargo, un dia sus leyes parecerá que han sido dictadas por los sabios del mundo helénico. Y es que si la mision de éste, como ya hemos indicado, fué romper con la idealista variedad de su ciencia, la unidad embrional del Oriente, la del mundo romano fué armonizando de cierta manera esa variedad misma, dar el primero, pero seguro paso hácia la unidad, vária al par que armónica, de la edad moderna.

Faltaba mucho al Derecho como ciencia considerado, ¿quién puede negarlo? eminentemente espiritual, en el espíritu nacida, llamada á regular la vida de relacion, más ámplia y más perfecta á proporcion que más se espiritualiza el hombre, necesitaba que grandes ideas, grandes principios, imposibles de conocer á fondo en la civilizacion pagana, vinieran á fortalecer y dar nueva savia á la vida del hombre y de los pueblos, que la unidad puramente material de aquellas civilizaciones habia destruido.

El Cristianismo realizó el gran milagro, y léjos de ser hostil á las grandes verdades que sólo habian vislumbrado las inteligencias más privilegiadas de la antigua edad, las acoge y protege, y las extiende y da cuerpo y vida y fuerzas nuevas, enriqueciendo aquel tesoro con nuevas verdades de altísimo orígen, que le hacen más valioso y más preciado.

Sí; el Cristianismo con sus dogmas santos y civilizadores; el Cristianismo haciendo nacer el espíritu humano de la más divina fuente, colocándole sobre la mate-

ria, y haciéndole el elemento principal, rector y armonizador, tanto de la vida individual, cuanto de la vida de relacion, fué el elemento poderoso que destruyó el mundo antiguo y que dió nacimiento y vida al mundo moderno; pero conservando cuanto de grande y noble tenian aquellas civilizaciones, condenadas en los inescrutables designios del Eterno á desaparecer del cuadro de las existencias.

Si la caida del coloso romano, haciendo retemblar al mundo en sus cimientos; si la invasion de los bárbaros, llevando la devastacion y la ruina por todas partes; si la conflagracion y el desequilibrio que debieron producir, dieron aparente y transitoriamente el triunfo á la materia, representada por la fuerza, é hicieron huir á la ciencia, que, tímida y aterrada, se oculta en los santuarios de la fe cristiana, muy pronto la verdad se revela de nuevo, muy pronto comienza á ejercer su poder civilizador, muy pronto empieza á brillar de nuevo su luz, oscurecida por sangrienta nube, apagada jamas, porque es eterna.

¿En qué consiste, empero, que áun conocida la verdad, las legislaciones positivas hayan olvidado su orígen, ó por lo ménos producido el mal con sus erróneas disposiciones? ¿Será, por ventura, que la luz de esas verdades no baste para guiar al hombre en su vida de peregrinacion sobre la tierra? No, ciertamente; consiste esto, por una parte, en que el hombre es imperfecto y no puede hallar la perfeccion sobre la tierra; por otra, en que, como las verdades científicas que constituyen el Derecho en su acepcion más elevada, al traducirse al exterior como leyes concretas ó positivas, lo hacen por medio de un instrumento finito, limitado y sujeto á error, la materia, elemento que sostiene la vida exterior de relacion, puede muy bien esta aparicion concreta del Derecho ser contraria á la verdad, y producirá los tristes, dolorosos resultados que la humanidad señala con los nombres de

*esclavitud*, *leges Majestatis*, y tantas otras instituciones, que hoy nos contristan y conturban el espíritu.

No será, por punto general, el mal que tanto se deplora; hijo las más veces del conocimiento de la ciencia; será, sí, de que este conocimiento haya pecado de erróneo é imperfecto, de que se hayan olvidado ó despreciado la ciencia y las verdades que ella encierra, de que se haya querido colocar al hombre en una posicion anómala; bien rompiendo con la materia y con la vida de relacion, para colocarlo, cual Arquímedes su palanca, fuera del mundo, bien prescindiendo del espíritu, para sólo fijarse en la materia y en la vida exterior, bien, en fin, porque prescindiendo el hombre de esas mismas verdades, obrando por falsos impulsos, ó realizando condiciones contrarias á su naturaleza y á la realizacion de su destino, en vez de acercarse al fin que debe cumplir, se separará de él, y fatigará vanamente su actividad, sus facultades y sus fuerzas.

Por el contrario, si el hombre estudia su naturaleza y los elementos que la componen, así como el objeto de su existencia y de su destino; si para ello analiza su naturaleza física y sensible, al mismo tiempo que espiritual y cognoscente; si comprende que no pueden disgregarse, sino que, por el contrario, han de marchar unidos siempre, y siempre en armonía esos elementos; si busca con fe profunda y cuidadoso esmero esos principios, que forman la ciencia y son como la base y el sólido cimiento de la vida de relacion, al par que de la vida moral; si levantándose con su razon hasta ellos, y mediante un acto puramente reflexivo, compara esos principios con su naturaleza, marcha, en vano es negarlo, con seguro paso en el camino que ha de conducirlo al cumplimiento de su destino.

Sólo despues de este trabajo profundo de la inteligencia, que indudablemente alumbra y esclarece una luz divina desde el fondo del alma, podrá formarse el hombre un *criterio* de verdad y de justicia, separar lo que surge

de la verdad de lo que tiene su orígen en el error, establecer el verdadero equilibrio que debe existir entre el espíritu y la materia, que consiste en que ésta se doblegue y subordine á él, pero no en anonadarla por completo. Sólo despues de ese trabajo, las leyes positivas, formadas segun el criterio producido, modeladas segun los principios de verdad que en el espíritu radican, y en consonancia con la vida exterior de la materia, podrán producir los apetecidos resultados.

Y véase por qué nosotros, que hemos combatido la doctrina errónea y exclusiva de los prácticos, y sostenido que nos lleva al más absurdo materialismo; nosotros, que hemos combatido la doctrina exagerada tambien de un espiritualismo que á fuerza de sublimarse y separarse de la materia se pierde en el espacio, aceptamos, sin embargo, los principios capitales de las dos escuelas, y de la union de ellos vamos á ver surgir la clara luz de la verdad.

Demostrado cumplidamente que sólo en la unidad, que nace de la variedad de los distintos elementos materiales y espirituales de la vida, radica la verdad, fácilmente se comprende, por una parte, que la antigüedad no pudiera conocerla sino de una manera incompleta, y por otra, que á la edad moderna está reservado revelarla al mundo en toda su pureza; ¿habrémos llegado ya á ese momento grandioso y supremo de la vida de los pueblos y de la vida individual? Ciertamente que no: por mucho que la ciencia del Derecho se haya perfeccionado desde la caida del coloso romano hasta nuestros dias; por mucho que el espíritu se haya sublimado, áun no hemos tocado apénas al primer período de la tercera edad, de la edad sintética; áun estamos experimentando los terribles sacudimientos producidos por la lucha gigantesca y espirante, aunque no terminada, de édades que pasaron: por eso es aún hoy indispensable fijar los términos; por eso es hoy indispensable, al estudiar el Dere-

cho, señalar, no sólo sus manifestaciones espirituales y positivas, sino las relaciones necesarias que de ambas surgen, aplicar á lo que es el criterio racional, para juzgar si debe ser, esto es, si las disposiciones legales son esencialmente justas ó sólo tienen la sancion del poder que las justifique y las dé vida.

Aun tiene hoy la ciencia una mision más grande y más augusta que realizar, sin la cual es imposible entrar de lleno en la edad sintética de la humanidad, y consiste en fijar de una manera clara, precisa y terminante la nocion sublime del *deber*, su relacion con el *derecho*, su superioridad, y el poder de imponerse que le asiste, como nocion más alta aún, áun más noble y grande.

Nos explicarémos: es la ley de la humana naturaleza que, tras un período de lucha determinado, el elemento que obtiene la victoria se desborde, digámoslo así, y ostente cierto carácter de predominio, exagerado las más de las veces: pues bien, esto ha sucedido precisamente en los tiempos modernos; al adquirir el espíritu la plenitud de su vitalidad, no sólo ha querido imponerse, y se ha impuesto, á la materia, divorciándose de ella por completo, sino que ha querido romper todas las trabas y ligaduras que pudieran oponerse á su audaz y raudo vuelo; y siguiendo los impulsos de su actividad, se ha echado en brazos de la *libertad* y de la *voluntad*, elementos, aunque espirituales, ciegos si la *razon* no los esclarece; el hombre, por lo tanto, ha creido bastarse á sí mismo, puesto que ha sentido la facultad que le asiste de desarrollarse en *sí* y por *sí mismo;* ha creido que esos desarrollos eran sola y exclusivamente *para sí*, y que para realizarlos le bastaba sólo con hallar condiciones de actividad, esto es, con agitarse en la esfera del Derecho y por el Derecho; ha subordinado el Derecho mismo á esas dos facultades absorbentes, *libertad* y *voluntad*, y ha hecho del Derecho un elemento permisivo y renunciable, lo cual es esencialmente cierto, pero realmente falso.

Es esencialmente cierto, porque siendo el Derecho la *reunion de condiciones ó principios eternos*, *leyes*, *externos é internos*, *pero ciertos y seguros*, *que el hombre cumple racional*, *voluntaria y libremente*, *y en virtud de los que regula su vida externa y su destino*, claro es que el hombre, en virtud de su *libertad* y de su *voluntad*, puede prescindir de esas condiciones, renunciar al Derecho, y aceptando la responsabilidad consiguiente, seguir el camino que le plazca, realizando por completo ó dejando de realizar su destino : es realmente falso que el Derecho sea renunciable, porque ni es indiferente que el hombre realice su destino, ni de realizarlo, puede realmente prescindir, toda vez que su destino especial es parte integrante del destino general; por eso, en el admirable conjunto de las leyes morales que al Creador plugo imponer al hombre para que éste realizase su destino individual y coadyuvase á la realizacion del general ó colectivo, vemos coexistir, con la nocion del Derecho, la idea, la ley mejor dicho del *deber*, que es esencial y realmente imprescindible é irrenunciable; no ha podido jamas ocultarse su existencia á los hombres en la ciencia versados, como tampoco ha podido ocultárseles su inmensa importancia y su magnífica y profunda influencia en la vida activa del hombre, ni su estrecha, constante relacion con el Derecho; así que, no atreviéndose á contrariarla ni á destruirla, no pudiendo siquiera divorciarla del Derecho, las han hecho ideas y nociones correlativas, esto es, que al lado del derecho de uno han puesto el deber de los demas de respetarlo y coadyuvar á que lo realice; empero, por más que esto sea cierto é innegable, es áun más grande y augusta la ley del *deber*, se impone al hombre con más fuerza y con mayor extension; no, la ley del *deber* no sólo es correlativa, no sólo debe seguirla el hombre, para no ser rémora ni impedimento á que el hombre su semejante realice y cumpla su derecho, sino que obliga al hombre á realizarlo tambien en sí y por sí;

no sólo sirve de salvaguardia para impedir que le realice nuestro semejante, sino de fuerza impulsiva, de poder superior, que nos obliga á realizarlo; así, por ejemplo, el hombre, dicen los filósofos, tiene el derecho á instruirse; al hacerlo, no sólo realiza su destino, sino que coadyuva á que el destino general de la humanidad, que es esclarecerse y perfeccionarse, se realice tambien; todos los hombres pueden, sin embargo, renunciar á ese derecho, porque es permisivo; pero todos tienen el *deber* de no impedir que el hombre que quiere practicarlo instruyéndose, se instruya : pues bien, nosotros vamos más léjos: nosotros aceptamos y confesamos ese *deber* correlativo; pero decimos que se presenta, ademas, con un carácter más personal y más absoluto; si el hombre tiene el *derecho* de instruirse, esto es, si existen *condiciones* en virtud de las que el hombre, instruyéndose, esclareciendo su inteligencia, realiza su destino, el hombre tiene el *deber* de instruirse, y como no haciéndolo es un obstáculo á que su destino se realice y á que se realice el de otros seres, el hombre, dejando de realizar su Derecho, produce un mal, falta á la *ley del deber* y se hace responsable de un crímen moral, de la falta de cumplimiento de una ley esencial y divina.

Hemos creido conveniente y necesario detenernos un momento siquiera, para plantear esta importantísima cuestion, áun á riesgo de parecer difusos en un trabajo de esta índole, porque creemos que sólo enalteciendo la nocion del *deber*, sólo haciendo comprender cuán grande, cuán importante, cuán divina en su orígen es la ley del *deber;* sólo anteponiéndola á la de *derecho*, sólo haciéndola en todo caso superior á ésta, es como puede arrancarse al mundo moderno de la profunda sima de egoismo en que amenaza hundirse. Al exceso de accion y de vitalidad del elemento *libertad* y del elemento *voluntad* hay que oponer la fuerza reguladora de la *razon;* al desbordamiento del *derecho*, el dique del *deber*. Dícese que

los llamados derechos absolutos son ilegislables é irrenunciables: conformes; pero nosotros decimos más, nosotros decimos: todos los derechos son irrenunciables, no sólo en su esencia, sino en su ejercicio, porque renunciarlos, en el uno ó en el otro terreno, tanto vale como renunciar á la realizacion del fin humano, y jamas le será dado al hombre renunciar lo que, no sólo no es creacion suya, sino que se le ha impuesto por una voluntad superior, como ley suprema de su naturaleza, de su existencia y manera integral de ser.

Ya hemos visto de qué manera el pensamiento grande, infinito, civilizador se inicia y se sostiene en el mundo antiguo; cómo, no obstante el poder absorbente y dominador de la materia, los grandes principios hacen allí sus manifestaciones, son como las piedras miliarias de la vida externa evolutiva de la humanidad; hemos visto tambien de qué manera el Cristianismo inicia una nueva era para el Derecho; que los momentos que siguieron al inmenso cataclismo social ocasionado por la caida del imperio romano, por la invasion de las tribus del Norte, por sus luchas tremendas, no eran los más á propósito para que la grande obra se cimentase, cosa es que fácilmente se comprende, y, sin embargo, es tan grande el poder de las ideas, tan enérgica su vitalidad, que, á pesar de todo, su luz, velada un dia por sangrienta nube, reaparece muy pronto más pura y esplendente.

Tocóle indudablemente á nuestra patria la grandiosa mision de ser la primera que roturase el camino, prácticamente al ménos, y el *Fuero Juzgo*, el código más notable de la Edad Media, á pesar de las acres é inmerecidas censuras del sabio presidente Montesquieu, nos demuestra hasta qué punto la gente visogoda vivia de la savia cristiana y representaba la nueva vida del espíritu. ¿Quiérese mayor prueba de nuestro aserto que la doctrina contenida en el título preliminar y en el t. I, l. I de aquel notable código?

¡Con cuánta belleza, con cuánta concision el *Fuero Juzgo*, el libro de nuestra indígena y propia legislacion, define la ley, con cuánta profundidad la comprendieron y explicaron sus compiladores! ¿No conmueve profundamente el ánimo la bellísima definicion de la ley 2.ª, título II, l. I? *La ley*, dice, *es por demostrar las cosas de Dios, é que demuestra bien vevir, y es fuente de disciplina, é que muestra el derecho, é que faze, é que ordena las buenas costumbres, é govierna la cibdad, é ama justicia, y es maestra de virtudes, é vida de todo el pueblo.* Fíjese la atencion en ella, reflexiónese sobre cada una de las ideas que encierra, y no sólo hallarémos perfectamente comprendida la nocion de la ley, sino que hasta apuntados sus caractéres distintivos y esenciales.

Pero es más aún: medítese cuanto dice acerca del facedor de la ley, de lo que ésta debe ser, de la forma externa que debe revestir, y dígasenos qué más enseñan las modernas teorías, sobre el tan olvidado cuanto apreciable código, que es objeto de nuestro análisis. *Primeramientre*, dícese en la ley 3.ª, t. I, l. I, *el facedor de la ley deve catar, si aquello que diz* PUEDE SEER, *é* DESPUES *devese catar que* NON LO FAGA SOLAMIENTRE POR SU PROVECHO, *mas* COMUNALMIENTRE, *por el provecho* DEL PUEBLO, *que por esto semeie, que él non faz la ley por sí, mas comunalmientre por todos.* Y en la ley 4.ª del t. II del mismo libro: *La ley deve seer manifesta, é non deve ninguno seer engannado por ella..... E deve seer convenible al logar y al tiempo, é deve tener* DERECHO *y* EGUALDAD, *é debe seer* HONESTA, *é* DIGNA, *é* PROVECHOSA, *é* NECESARIA. ¡Qué profundo conocimiento de la ciencia, del corazon, de la naturaleza humana! ¡Cuánta justicia en las apreciaciones! ¡Cuánta exactitud para señalar las condiciones del legislador y de la ley! *Que non lo faga solamientre por su propio provecho.....* Esto es, que prescinda de los movimientos egoistas de la materia, que se eleve espiritualmente á más altas regiones, que *faga la ley comunalmientre por provecho*

*del pueblo*. Y como si esto no bastáre, como si áun fuera necesario encadenar más y más las pasiones, como si aquella ruda civilizacion necesitase más profunda enseñanza y mayor conocimiento de sus deberes, el legislador, en la ley 4.ª del tít. II, ya citada, vuelve de nuevo á caracterizar la ley, y por cierto de la manera más clara, más concisa, más profunda, más científica. ¡Y áun se ha tachado de bárbaro el código visogodo! ¡Y áun se le ha escarnecido, cuando esas solas leyes bastan para honrar un pueblo, para enaltecer una época, para dar gloria á una civilizacion! Empero, si no fuera suficiente lo dicho para hacernos fijar con respeto la mirada en el libro de las leyes, recordemos la ley 5.ª, t. II, l. I, en la que, al dar la razon de por qué es fecha la ley, nos dan los legisladores visogodos una admirable definicion de la ley penal: *Esta fué la razon porque fué fecha la ley, qu la maldad de los omnes fuese refrenada, por miedo della, é que los buenos visquiesen seguramientre entre los malos, é que los malos fuesen penados por la ley.*

En vano sería en aquellos tiempos, y áun en otros muy posteriores, pedir que la ciencia se presentase formulada y sistematizada; áun la lucha estaba muy encarnizada, áun el espíritu no habia conquistado su alto puesto, y sin embargo, el *Libro de las leyes* es indudablemente, bajo el punto de vista de la moral y de la verdadera ciencia, superior, muy superior á las compilaciones romanas y á muchas de las que acaricia con orgullo el mundo moderno.

Escribióse, sin duda alguna, para llenar una mision grande y civilizadora, la de fundir las dos castas, romana y gótica, esto es, para borrar en nuestra España los nombres de vencedores y vencidos, idea santa, noble y grande, que jamas se habia ocurrido á los pueblos de la edad antigua, ni áun al pueblo romano, tan dado á las asimilaciones; bien es verdad que éstas en la civilizacion pagana siempre eran absorbentes, miéntras en la cristia-

na civilizacion revisten siempre, y muy claro lo demuestra el *Código* que nos ocupa, el carácter de igualdad más ó ménos pronunciado, pero siempre claramente definido.

Si la invasion sarracena, que, al decir de muchos, trajo á España nuevos elementos de vida, detuvo, sin embargo, la majestuosa marcha emprendida por nuestra patria hácia la nueva vida, que tan brillantemente vemos inaugurada en el *Libro de las leyes*; si el progreso científico que revela se pierde en la inmensidad de los fueros particulares, no por cierto tan bárbaros y despreciables como muchos han querido suponer por no tomarse el trabajo de estudiarlos; si se vive en medio de una variedad extraordinaria sin que aparezca, ni áun remotamente, el principio de armonía, muy pronto la magnífica concepcion del Rey Sabio viene de nuevo á traernos, digámoslo así, á la brecha, y á demostrar una vez más cuánto nuestra civilizacion valia, y cuánto, en medio del fragor de no interrumpidos combates, se cultivaban entre la gente castellana las ciencias y las letras.

Admira, sin duda alguna, que en aquellos tiempos, y aquí, donde el labrador tenía siempre cabe la esteva la ferrada lanza, el sabio junto á la pluma la espada y al lado del libro el acerado escudo; donde el obispo cubria apénas con el alba la fortísima armadura, y donde el rey tenía por corona el casco y por trono el caballo de batalla, se haya escrito ese grandioso é imperecedero monumento de la ciencia universal, del saber de cien siglos, que se conoce con el nombre de las *Siete Partidas*. Con profundo y religioso respeto abrimos siempre el *Código Alfonsino*, arsenal inmenso de la ciencia, de la filosofía, de la literatura, de los saberes de todo género de su siglo, y siempre hallamos en él copioso manantial de estudio y de enseñanza; y su profunda erudicion y la alta ciencia que encierran sus preceptos nos hacen olvidar sus defectos y su á veces pesada redaccion. En él la de-

finicion de justicia no es otra cosa tal vez que una traduccion de la que Justiniano pone al frente de su *Instituta*, se dirá por alguno; copia son sus leyes de las leyes romanas ó de las canónicas, dirán otros; pero nosotros contestarémos que una sola palabra hace la definicion de *justicia*, más verdadera y más profunda, más filosófica y perfecta de lo que sus impugnadores han creido; que si la ciencia moderna fuera algo más dada á estudiar con acucioso esmero en los tiempos y en las cosas que pasaron, no siempre estaria tan orgullosa de sus conquistas y algo más de las de los que nos precedieron; y que si copia leyes de los *códigos romanos* ó de las *Decretales*, mucho tiene propio, digno de profundo estudio y de no escaso respeto y veneracion.

Y si no, veamos cómo define el Sabio Rey la justicia, base y cimiento de toda legislacion, y comparemos la definicion española con la célebre del emperador romano, que tan combatida y desdeñada ha sido, y que hoy está próxima á ser rehabilitada con aplauso por el idealismo de la filosofía alemana. *Constans et perpetua voluntas jus sunt cuique tribuens*, la definia el legislador de Roma, y con esta definicion encabezaba su *Instituta*

No ménos elegante y sábiamente la define el Sabio Rey en el código inmortal de las *Partidas*, llamándola *raigada virtud, que da é comparte á cada uno su derecho igualmente.* Lo que hemos dicho en el párrafo anterior, ocupándonos de la definicion de la *Instituta*, puede aplicarse aquí; empero el legislador español, más filósofo, más cristiano y más profundo conocedor de la ciencia, unió á su definicion una palabra que tiene sobrada significacion é importancia científica é histórica para que la dejemos pasar desapercibida. Contentóse Justiniano con que la justicia nos obligase á dar á cada uno su derecho, y no fijó la manera con que esto debia hacerse; siguiendo el tenor literal de su definicion, con dar á cada uno su derecho bastaba para ser justo; pero ¿hasta dónde debia lle-

gar ese derecho? ¿cuál era su extension? ¿cuáles sus límites? Considerado científicamente el derecho, y sustituida en la definicion con ideas la palabra sacramental, para nosotros no existe la dificultad; nosotros hemos salvado el escollo; el límite está allí donde se encuentra el destino del sér á quien damos sus derechos, esto es, sus condiciones de vida externa, pero espiritual al propio tiempo.

Pero ¿el Derecho era para los hombres, y en la época del emperador romano, lo que es para nuestros hombres y en nuestra época? No ciertamente; hoy el Derecho es una nocion que tiene su raíz en el espíritu, por más que sus ramas se tiendan por el espacio y cobijen la vida externa; entónces el Derecho apénas si remotamente se concebia como algo de espiritual, apénas si era otra cosa que la manifestacion de la voluntad representada por el poder y por la fuerza, si bien templados en parte por la razon. Por eso la definicion de Justiniano aparece incompleta; más aún, por éso nos lleva forzosamente al materialismo del pueblo-rey, donde el Derecho no era igual, donde cada hombre tenía su derecho, donde la sociedad lo absorbia todo; por eso, sin apartarnos de la definicion de Justiniano, podia ser justo el hombre sin estar limpio de iniquidad; por eso el romano era justo, y sus legiones abrasaban los campos enemigos y arrasaban las ciudades, y esclavizaban á los hombres y los ataban al carro del triunfador; por eso el romano era justo, y arrancaba al hombre su patria, su libertad, su familia, su personalidad, su nombre, su razon, y le hacía esclavo; por eso el romano era justo, y lanzaba al esclavo contra el esclavo, para que, luchando en las arenas de sus antiteatros, arrancase al espirar una sonrisa ó un aplauso á los señores del mundo, y, sin embargo, ¿cómo negar que, á pesar de todas estas abominaciones, el ciudadano romano habia sido justo? ¿No habia dado al esclavo lo que era del esclavo? ¿A qué podia estar obligado cuando la esclavitud era la negacion del derecho?

¡Cuán distinto para el Rey Sabio y para la española gente que compilára el *Código Alfonsino?* Una palabra, una sola palabra de la definicion abre á la ciencia mundos nuevos; una palabra, una palabra sola marca el abismo que entre las dos civilizaciones existe; ya no hay, ya no puede haber duda; el hombre, para ser justo, no basta que dé á cada uno su derecho; es preciso ademas que lo dé *igualmente.* No, ya no puede existir la esclavitud al lado de la justicia, porque no se dará á cada uno con igualdad su derecho; ya no hay vaguedad ni confusion en la idea definida: sea cual sea la extension que se dé á la justicia, sea cual sea el lazo que la una á la moral, confúndanse ó distínganse ambas nociones, la definicion nos ha enseñado una gran verdad, á saber: que el Derecho es uno para todos los hombres, y que en darlo á todos igualmente, esto es, de una misma manera esencial, consiste la justicia.

No se contenta, empero, D. Alfonso con haber hecho dar á la ciencia este paso de gigantesco progreso; no se contenta con colocar tan alta la nocion de la justicia; en otras leyes del código inmortal que nos ocupa vuelve sobre la idea, para más esclarecerla y levantarla; «fuente donde emanan todos los derechos.» «Una de las cosas por que mejor é más endereçadamente se mantiene el mundo», dice que es la justicia, con lo cual basta para comprenderla como una nocion puramente espiritual y de levantadísimo orígen.

Márcanse en las *Partidas* la extension, los límites y el carácter de la justicia, cualidades que apénas vislumbra el legislador romano, y al definirla se establece la base en que debe asentarse el moderno Derecho positivo.

Si despues de examinar las definiciones de *justicia* pasamos á hacerlo con los códigos en que ellas se contienen, verémos que el principio definido se aplicó en ellos generalmente con pasmosa exactitud, si bien no estando perfectamente conocida la idea; no habiéndose hecho aún la

conveniente distincion entre la moral y la justicia, quedaron sin comprender bajo el dominio del Derecho una multitud de elementos de la vida externa, y de aquí el que no se desarrollase como hoy se ha desarrollado, ni se conociese cual hoy se ha conocido.

Somos españoles, escribimos para jurisconsultos españoles, y nos creemos en el imperioso deber de recordarles los tesoros de ciencia que quedan en pos de nosotros, y que no por ser ya algo lejanos son ménos apreciables y dignos de estudio, ni dejan de contener útil enseñanza, en la creencia de que algo más hemos de obtener de nuestros á veces olvidados monumentos que de importaciones de allende, con escaso criterio implantadas en nuestro suelo, y que serán plantas exóticas, que por mucho que se las abrigue producirán siempre amargo fruto, si es que le producen; que aunque el hombre es *uno*, porque es espiritual, como el espíritu está unido á la materia y por ella se manifiesta, sufrirá siempre en su vida externa influencias tambien externas y materiales.

Ademas, como hemos ya dicho, vigente se halla el Código Alfonsino, y ni el hombre de ciencia ni el juzgador ni el abogado pueden prescindir de él.

Ménos feliz nuestra legislacion despues del Rey Sabio, si produjo algunas compilaciones dignas de estudio, ni avanzó hácia la deseada unidad, ni nos legó ningun monumento de alta estima, y puede decirse que el Derecho se mantuvo estacionario hasta que en el siglo presente se inicia en él una revolucion rápida y portentosa, que tal vez en su dia influya en las demas naciones, como sin duda el código visogodo y el Alfonsino influyeron poderosamente en su tiempo; que parece ser el destino providencial de nuestra tan olvidada como desconocida España, dar la solucion á los más grandes y trascendentales problemas de la humanidad.

Los nuevos códigos y las nuevas leyes, producidas por el saber del siglo XIX, abren, como hemos ya dicho, an-

cho campo al jurisconsulto, y señalan una nueva era al Derecho en España; falta aún algo para que la semilla fructifique; falta el conocimiento de las cosas y de los hechos que han de ser objeto de ese Derecho novísimo, y que áun no se ha intentado siquiera obtener; pero que vendrá algun dia, sin duda alguna.

Cuanto llevamos dicho en el curso de esta introduccion basta para probar que es imposible separar el estudio científico del estudio práctico del Derecho; fáltanos sólo demostrar que no es posible ni hacedero prescindir del estudio *histórico*.

Hemos dicho con repeticion que por más que la nocion del Derecho sea eminentemente espiritual en su esencia, y se realice espiritualmente como ciencia, al manifestarse al exterior lo hace por medio de la materia, y por lo tanto su aparicion y evolucion externas tiene que verificarlas en el tiempo y en el espacio, y sufriendo todas las consecuencias de lo que vive vida material, de lo que en el tiempo y en el espacio se mueve y desarrolla, y, desarrollándose, se perfecciona; por eso hay que seguirla en el tiempo y en el espacio, es decir, en el proceso histórico de las edades; pero no como la escuela histórica lo hace, esto es, no para que la historia, no para que los tiempos caractericen el Derecho, sino, por el contrario, para que el Derecho defina é imprima carácter á las épocas y á los tiempos.

La escuela histórica pura, más política que científica tal vez, trató de hacer dependiente el Derecho, en su orígen, de las tendencias y de los instintos del hombre, más ó ménos dirigidos por el espíritu y por la razon, con el objeto de demostrar á su vez que el hombre y la ciencia eran impotentes para dirigir por sí la evolucion y desarrollos terrenos del Derecho, y que éstos dependian sólo del clima, de los hábitos, de las costumbres inveteradas de un país y de las épocas y grados de civilizacion en que se hallaba; no negamos nosotros la influencia de

los elementos materiales que la escuela histórica señala en el desarrollo del Derecho : la negamos como orígen ; pero áun concediéndola como y en lo que la concedemos, no concedemos que sea sólo su único móvil de accion y desarrollo ; esto es, que el estado histórico de un pueblo nos dé el de su Derecho ; por el contrario, nosotros creemos que el estado del Derecho nos demostrará el histórico de un pueblo determinado, y, por lo tanto, que á proporcion que se haga progresar el Derecho hácia su perfeccion, el estado histórico será más rico y más brillante.

Sobre los tiempos, sobre los climas, sobre las condiciones materiales de existencia de los hombres y de los pueblos está el espíritu, están la razon y la inteligencia y la voluntad, no para imponerse en un momento dado, no para romper en un momento dado con lo pasado ; no para salvar lo presente y tocar á lo que está por venir, pero sí para favorecer el movimiento de progreso y hacerlo más fructífero por virtud del trabajo y de la inteligencia, de la voluntad y de la razon.

Empero, como para ello es necesario pasar de un estado á otro estado, de una manera de ser á otra, acordadamente, y no á saltos ni por un hecho solo de la voluntad ; como no hay movimiento progresivo que no sea consecuencia de un algo existente de antemano, y como en lo nuevamente creado ó modificado han de quedar siempre elementos esenciales de lo que fué, de aquí la imperiosa é imprescindible necesidad de aceptar, como deciamos al principio, el sistema *histórico* hermanado con el *práctico* y *científico*, y formando el método completo y complejo que cuadra al estado presente de la ciencia.

Cierto es que para ser consecuentes con nuestro método debiamos plantear y seguir el magnífico proceso histórico del desenvolvimiento del Derecho en sus várias y distintas manifestaciones; pero ni la índole de esta introduccion, ni la de la obra para que la escribimos, nos lo permiten ; que no hemos olvidado que preparamos para la

estampa un libro esencialmente elemental y didáctico.

Por otra parte, como, debiendo ocuparnos del Derecho español, nuestro trabajo histórico debiera recaer principalmente sobre España, y como tengamos que dedicar algunas páginas á esta materia en el cuerpo de la obra, nos contentarémos con las indicaciones hechas.

Y ya que del método nos venimos ocupando, permítasenos decir algo del que, sin faltar á los programas universitarios, hemos adoptado para nuestro trabajo: sabido es de todos cuantos á las aulas han concurrido y conocen el carácter de nuestra enseñanza, que al estudio de cualquiera de los ramos del Derecho que se hace seguir á nuestros alumnos precede siempre el de la historia externa del mismo; así se comienza por ella el Derecho romano, como el civil español ó el canónico; ¿es éste, por ventura, el estudio histórico, es ésta la faz histórica del Derecho que forma parte del método que hemos dicho debe presidir al estudio de esta ciencia? No ciertamente: la historia externa del Derecho no nos enseña otra cosa que la serie de códigos, de leyes, de monumentos ó de escritores que se han ocupado del Derecho; los hace pasar ante la vista como pasan las diversas figuras de una fantasmagoría, y sirve sólo, en verdad sea dicho, para que, conocidas las fuentes, puedan buscarse y beber en ellas el verdadero movimiento histórico de las instituciones.

No es ésta la historia verdadera, racional, fructífera del Derecho, que consiste en buscar las instituciones, seguirlas en su proceso histórico, apreciar las variantes que los tiempos, las creencias, los hábitos, los diferentes estados de civilizacion han aportado al acervo comun de la ciencia; y nosotros, sin prescindir de la historia externa, tratarémos de hacer algunas indicaciones de historia interna al ocuparnos de aquellas instituciones que por su importancia lo merezcan.

Así, al par que fijemos la razon de ser de una institu-

cion dada, sus principios, su manifestacion filosófica, seguirémos su desarrollo progresivo histórico hasta el presente, para despues, comparando lo que es con lo que debe ser, poder fijar la justicia ó injusticia de las leyes positivas. Claro es que este trabajo no podrá pasar de ligerísimas indicaciones, porque en un libro didáctico no es otra cosa posible ni provechosa, pero esas indicaciones servirán de guía al que quiera ampliar más sus conocimientos.

Hemos expuesto nuestro plan, que, despues de largas meditaciones, nos ha parecido el más aceptable; si conseguimos llevarlo á cabo, siquiera la obra que produzca nuestra pobre inteligencia diste mucho de la perfeccion, creerémos haber prestado un servicio á cuantos se ocupan de la honrosa cuanto difícil carrera del Derecho.

---

# TRATADO

DE

# DERECHO CIVIL ESPAÑOL.

## PROLEGÓMENOS É HISTORIA.

## LECCION PRIMERA.

### Prolegómenos.

#### SUMARIO.

1. Principios en que se funda la ciencia del Derecho.—2 al 4. Cómo debe considerarse al hombre con relacion al Derecho.—5 al 7. Leyes; han de ser conformes con la naturaleza del sér.—8 al 13. Estudio antropológico. Necesidad de una fuerza moral que obligue al hombre á realizar su destino.—14 al 16. Nocion del DEBER. Su orígen y generacion.—17 y 18. Es elemento generador del DERECHO en el sentido filosófico.—19. La Justicia, elemento generador del Derecho positivo.—20 al 22. Del *Deber* moral y del *Deber* legal; sus diferencias.—23 al 25. Del *Derecho* bajo sus aspectos objetivo y sujetivo.—26 y 27. La ciencia del Derecho se relaciona con otras ciencias; ¿por qué?—28. ¿Con cuáles?—29 al 32. Ciencias físicas, con la fisiología, la química, la la medicina, la higiene.—33 al 37. Ciencias morales, con la filosofía, la moral, la antropología, la religion.—38 al 42. Ciencias sociales, con la historia, política, la economía política, la estadística.—43. Con la literatura y artes liberales.

1. Puede decirse que la historia del mundo no es otra cosa más que la de la lucha constantemente sostenida entre los dos grandes elementos de existencia, la materia y el espíritu; esta lucha jamas interrumpida, en la cual corresponde al espíritu la victoria, por ser una existencia superior á la materia, y, por tanto, creada para dirigirla, así se ha revelado en la vida del hombre, como en la de las sociedades; así ha influido en la vida práctica como en

las ciencias llamadas á regularla; y siendo bajo este punto de vista una de las más importantes la del *Derecho*, al tratar de ella han surgido dos escuelas: la *materialista* y la *espiritualista;* empero como el hombre, ni es sólo un sér material ni tampoco espíritu puro, sino que en su naturaleza se adunan con armonía admirable los dos principios, la materia y el espíritu, prescindir de uno de ellos cuando se trata de la vida real del hombre, tanto monta como desarmonizar su existencia y obligarlo á que se mueva en una esfera de actividad incompleta y en la que sólo puede producirse el error y el mal.

2. La única manera acertada y conveniente de estudiar al hombre en general, y especialmente en su relacion con el Derecho, es tomarlo tal cual es, tal cual su naturaleza esencial nos le muestra, como un sér complejo, compuesto de espíritu y materia.

3. Por eso nosotros no podemos seguir ni las teorías de la escuela materialista ni las de la espiritualista, y para fijar la nocion filosófica del Derecho y los principios en que se funda, comenzarémos por estudiar al hombre segun su naturaleza esencial y las condiciones esenciales tambien de su existencia.

4. La razon, el sentimiento, nos prueban que todo cuanto existe tiene una causa de *ser*, ó lo que es lo mismo, que todo cuanto *es* en la creacion existe para algo, tiene algun fin que realizar, y, por lo tanto, que deben existir reglas, condiciones, en virtud de las cuales ese fin se realice; condiciones invariables, puesto que los fines son respectivamente invariables tambien, y previstas de antemano, toda vez que al aparecer un sér, ha de hallar ya los medios de realizar su existencia. Llámanse á esas reglas, á esas condiciones, *leyes.*

5. Que estas *leyes* han de ser conformes con la naturaleza esencial del sér á quien se han de aplicar, cosa es que fácilmente se comprende, porque, si no lo fueran, en vez de contribuir á que realizase su fin, serian una rémora y un obstáculo para conseguirlo.

6. Para conocer, pues, la índole especial de una ley cualquiera es absolutamente necesario conocer la naturaleza esencial del sér á quien se aplica, y como el hombre está sometido á leyes, claro es que para conocer cuáles deban ser éstas se hace necesario, como deciamos ántes, estudiar su naturaleza esencial. El Derecho es la reunion de condiciones, *leyes*, necesarias para que el hom-

bre realice su destino; así pues, para conocer y poder apreciar el Derecho con fijeza y certidumbre, se hace necesario ante todas cosas estudiar y conocer la naturaleza del hombre.

7. Entre todas las existencias creadas, ninguna se ostenta á nuestros ojos más noble y más perfecta que el sér humano; pero no por serlo dejará de tener un fin que realizar en la creacion y leyes eternas y absolutas que le permitan realizarlo, que le impulsan á ello, y como la perfeccion del hombre consiste precisamente en que en su naturaleza se reunen y armonizan el espíritu y la materia, y como por ser espiritual piensa y quiere, y á las regiones del espíritu se levanta, no obrará fatalmente sino con conocimiento de las leyes á que debe sujetarse.

8. Hemos dicho que el hombre es una reunion armónica y admirable de la materia que siente y del espíritu que piensa y que se mueve voluntaria y libremente; es indudable, por lo tanto, que el hombre ha de hacer su manifestacion material sobre la tierra, y que en cierto modo ha de parecerse á los demas seres físico-sensibles; pero tambien es cierto que deberá hacer manifestaciones espirituales que le diferencien de aquéllos; por consecuencia, para comenzar nuestro estudio antropológico es necesario que comencemos comparando al hombre con los demas seres sensibles; y como los actos de ambos nos son perfectamente conocidos y apreciables, el resultado de la comparacion nos dará á conocer la naturaleza del sér humano.

9. Así como los seres físicos y sensibles realizan el fin para que han sido creados en virtud de reglas eternas é invariables, que ni conocen ni pueden dejar absolutamente de cumplir, así tambien el hombre como materia inerte, como sér puramente físico, cumple esas leyes fatalmente, y sin que su voluntad ni su inteligencia puedan siquiera contrariarlas; la piedra lanzada al espacio se dirige al centro de la tierra impulsada fatalmente por las leyes de la gravedad y de la atraccion; estas mismas dirigen al hombre si como materia es lanzado al espacio.

10. Los instintos, el hambre, la sed, la conservacion de la especie, se traducen para el animal en leyes fatales, que cumplen sin poderlo evitar, sin darse de ello cuenta; los instintos, las necesidades, las tendencias, poderosas fuerzas son tambien, que conmueven al hombre y le obligan á buscar los medios de satisfacerlas; empero al mismo tiempo el hombre, á diferencia de los

demas seres físicos y sensibles, halla en sí un poder, una facultad, una fuerza superior á esas leyes, que siente y que conoce, y en virtud de aquellos elementos realiza ó deja de cumplir sus instintos, sus necesidades, realiza ó deja de cumplir las leyes fatales para el sér físico y sensible en que aquéllas se traducen.

11. El animal, el sér puramente físico, no son árbitros de cumplir ó dejar de cumplir su destino; el hombre sí.

12. Como el fin del hombre es muy superior al de los demas seres, como el fin del hombre es el *bien* libremente concebido y libremente ejecutado, claro es que debe presentarse á nuestro estudio en otra nueva faz distinta de la puramente material y física y de la físico-sensible, y en efecto, se nos presenta regido por nuevas y distintas leyes, que son las que conocemos por *leyes morales*, *leyes del espíritu*.

13. No es en la realizacion de éstas ménos libre el hombre que en las del mundo de la materia; muy al contrario, en su cumplimiento procede, si cabe, con más libertad, con más independencia; si el hombre quiere prescindir de las leyes de la gravedad y de la atraccion y se lanza al espacio, como se lanza la piedra, se estrellará en la tierra; si aquejado por las necesidades, por los instintos, no los satisface, la materia que le envuelve perecerá; pero si prescinde de las leyes morales, de las leyes del espíritu, continuará viviendo, por más que no realizará su destino, que en vez del *bien* producirá el *mal*.

14. Como no podia ser indiferente para el Criador Supremo que su criatura más perfecta y predilecta, dejando de cumplir el destino ulterior para que habia sido creada, se convirtiese, no sólo en un sér inútil, sino en un elemento de desarmonía, productor del *mal*, existencia antitética del *bien* y destructora de éste, y como por otra parte no podia ser compelido fatalmente como el resto de los seres, sin que se destruyese el elemento más preciado de su existencia, la *libertad moral*, de aquí el que exista algo que ligue al hombre, que le impela á que cumpla y realice su destino.

15. Esta *ley*, esta nocion sublime y santa que se impone sin atacar la *libertad* humana, sin violar la *voluntad*, sin violentar la *razon*, que radica en lo más profundo de la *conciencia*, que se siente y se adivina, es la ley del *Deber*, es el *Deber* en su más alta y genuina manifestacion.

Podemos definirla: *Necesidad imperiosa en que se halla el hombre de desarrollarse en su esfera de accion, segun leyes preestablecidas. que conoce y puede cumplir y para cuya realizacion están dispuestas sus facultades todas.* El *Deber* como nocion espiritual, es anterior al hombre, y no podia ser de otra manera, puesto que desde el primer momento de su aparicion ya tenía un *fin* que realizar y nacia obligado á cumplirlo. Es de orígen divino, puesto que sólo el que creó cuanto existe podia ligarlo con tan estrecho é indestructible vínculo.

16. El *Deber* no depende de la voluntad en su *esencia*, pero sí en su realizacion; aquélla, pues, no puede destruirlo, cambiarlo ni vulnerarlo, aunque sí dejar de cumplirlo.

17. Si el hombre tiene una *necesidad imperiosa de desarrollarse, segun leyes que le están prescritas, para realizar un fin,* claro está que deberá hallar *condiciones* que regulen estos desarrollos, esto es, leyes que conozca y pueda cumplir voluntaria y libremente; y véase cómo el *Deber* es el elemento generador del *Derecho,* que no es otra cosa que *la reunion de condiciones externas é internas, pero dependientes de la voluntad, que el hombre debe llenar en su vida evolutiva exterior con libertad y con conciencia, y que son necesarias para la consecucion de su destino ulterior.*

18. Empero el hombre no es un sér que vive aislado y solo; muy al contrario, vive en relacion constante y jamás interrumpida con todos los demas seres; con Dios en relacion de dependencia, con los demas hombres en relaciones de igualdad, con el resto de los seres creados en relacion de superioridad y de dominio; así pues, si su destino es dependiente del Hacedor Supremo, si está ligado con lazos tan estrechos al de los demas hombres, como que el destino individual de cada uno no es otra cosa que una parte integrante del destino general, el *concepto,* la nocion del Derecho, no sólo se realizará por el hombre en sí mismo, sino por el hombre relacionándose con el hombre y coadyuvando cada uno á la realizacion simultánea de su destino y del destino de los demas.

19. Véase cómo, si el *Deber* en su más alta concepcion engendra el Derecho, tambien en su nocion más elevada, la *Justicia,* esto es, *la virtud que da y comparte á cada uno su derecho igualmente,* como decia el sabio autor de las *Partidas,* engendra el *Derecho* en su faz concreta y positiva.

20. El *deber moral*, que es el que hemos definido, abraza la idea de la justicia y se diferencia esencialmente del *deber legal*, que sólo exige el cumplimiento de la ley sin curarse de los motivos ni de las intenciones; aquél es muy superior áun al derecho absoluto, éste es superior al derecho concreto, pero muy inferior al Deber moral y al Derecho absoluto ó primario.

21. El *deber legal* no será otra cosa más que *la obligacion externa en que está el hombre de conformarse con la justicia y con la ley.*

22. Hemos dicho que en el mundo físico y físico sensible, la *fuerza* (fatalidad), los *instintos* y las *tendencias* son los elementos que comunican á los seres actividad, y que los obligan á realizar su destino; hemos dicho tambien que en el hombre, considerado como sér espiritual, libre y cognoscente, los *instintos*, las *necesidades*, la *fuerza*, pierden su imperio ante la *razon*, y que sólo móviles racionales, el *Deber*, puede impulsarlos á obrar de un modo ó de otro, á realizar ó no realizar su fin, y véase cómo el *Deber* en su más lata concepcion y la *justicia* unidos, llenan en el hombre funciones análogas á las del *instinto*, la *necesidad* y la *fuerza* en los demas seres.

23. El Derecho presta al hombre, que es un sér activo, facultades de desarrollo; el hombre, por lo tanto, desarrollándose dentro del Derecho y por el Derecho, es el elemento activo, el *sujeto* del Derecho; como todo lo creado está en cierta manera bajo su dependencia; como todo lo creado es medio para el desenvolvimiento del hombre, esas mismas cosas y áun el hombre cuando presta medios de desarrollo á sus semejantes, serán *objetos* del Derecho.

24. Dedúcese de lo expuesto que *Derecho* en sentido *subjetivo* será la *facultad, el poder del hombre para obrar, para desarrollarse en la esfera del Derecho.*

25. En el sentido *objetivo* puede definirse : *la necesidad de someterse á ciertas reglas y de cumplirlas*, y por extension, *el conjunto de esas mismas reglas ó leyes.*

26. La ciencia es *una* en su *esencia*, puesto que consiste en la expresion de la verdad, por más que sea vária en su forma y manifestaciones; de aquí el que el árbol de la ciencia se componga de multitud de frondosas ramas, que ostentan nombres y caractéres distintos, y de aquí tambien que todas las ciencias estén li-

gadas, si bien el lazo será más ó ménos fuerte, segun que el órden de conocimientos que forman una ciencia tenga más ó ménos analogía con el que forma otra.

27. La ciencia del Derecho, por su índole, por su carácter y por la extensa esfera de su accion, se relaciona íntimamente con las ciencias físicas, con las morales y con las sociales.

28. Entre las *ciencias físicas* que más se relacionan con el Derecho, podemos señalar la *fisiología*, la *química*, la *medicina* y la *higiene*.

29. Siendo la *fisiología* la ciencia que se ocupa de los fenómenos vitales, y siendo la vida necesaria para la realizacion del Derecho, claro es que necesitamos conocer cómo se vive y qué parte activa toman en la vida todos y cada uno de los elementos que la componen, para conocer á fondo el Derecho y la esfera de actividad que le está asignada en sus manifestaciones externas.

30. La *química* es la ciencia de las cualidades esenciales y de la composicion de los cuerpos, y siendo objeto del Derecho todo cuanto está sometido á la accion del hombre, y pudiendo ademas esos mismos cuerpos ejercer una influencia activa é inmediata sobre el hombre, claro es que su conocimiento no debe ser extraño al que á la ciencia del Derecho se dedica.

31. La *medicina*, especialmente la parte de esta ciencia que se llama medicina legal, se ocupa de las alteraciones que causas extrañas pueden producir en el hombre y que originan graves desequilibrios, y á las veces actos penados por la ley; necesario es tambien conocerla, y muy á menudo se sentirá esa necesidad.

32. La *higiene* es la ciencia que, benéfica y protectora, enseña los medios de evitar que las enfermedades se produzcan, se propaguen y tomen cierto carácter de gravedad, tiende á conservar y mejorar las condiciones físicas de la vida, y como la vida es necesaria para la realizacion del Derecho, y como á medida que la vida física sea más rica y los desarrollos que ella proporcione más perfectos, más ricos y más perfectos podrán ser los desenvolvimientos y las manifestaciones del espíritu, prestará seguro apoyo y guía á la ciencia del Derecho.

33. Entre las *ciencias morales*, cuya rama es por cierto la que más estrechamente se relaciona con el Derecho, podrémos enumerar la *filosofía* propiamente dicha, la *antropología*, la *moral*, la *religion*.

34. La *filosofía* puede llamarse con justicia la ciencia de las ciencias; en efecto, ella nos enseña los principios de conocimiento en que una ciencia se asienta, ella nos muestra la esfera de accion, la extension, los límites y el fin de una ciencia, y como el Derecho es una ciencia, tiene principios de conocimiento que le sirven de base, es activo y tiene un fin, claro está que se relacionará íntimamente con la *filosofía*.

35. La *moral* es la ciencia del Deber, esto es, la ciencia que dando á conocer al hombre su destino como sér espiritual, no sólo le ofrece los medios de realizarlo, sino que le impone la obligacion de hacerlo así, sin otro objeto, sin otro motivo, que el de ser el bien el fin que debe el hombre realizar: el Derecho es la reunion de condiciones que tienden á que el hombre en su vida externa y de relacion cumpla ese mismo destino; por lo tanto estará íntimamente ligado con ella, dependerá de ella hasta cierto punto sin jamas con ella confundirse, porque la esfera de accion del Derecho es sólo externa, miéntras la de la moral abraza todas las manifestaciones espirituales de la vida.

36. La *antropología* es la ciencia que trata del conocimiento del hombre en su esencia, en sus várias manifestaciones, tanto internas como externas, tanto espirituales como materiales; el Derecho se ocupa del hombre, y toma como punto de partida su existencia esencial y formal; tiene, pues, que acudir á la antropología para poder caminar con seguro y acertado paso.

37. La *religion*, el hombre está ligado con Dios por razon de lazos puramente religiosos, tan fuertes en ocasiones, que no es dado á la potestad civil romperlos ni aflojarlos siquiera; la religion tiene sus manifestaciones exteriores, y como todos los actos de relacion del hombre que se exteriorizan son del dominio del Derecho, claro es que éste no puede prescindir ni divorciarse en absoluto de la religion.

38. Entre las ciencias *sociales* con que sostiene relaciones más estrechas se hallan la *historia*, la *política*, la *economía política*, la *estadística*.

39. La *historia* es la manifestacion activa de la humanidad al traves del tiempo y del espacio, abarca todas las fases de la vida humana, y como una de las más importantes es el Derecho, la historia, al ocuparse de la humanidad y de las diversas evoluciones que en el tiempo y en el espacio ha realizado, no puede mé-

nos de tocar en el terreno del Derecho; por otra parte, como éste se liga estrechamente con la manera especial de ser de los pueblos y de los hombres en las distintas épocas de la vida humanitaria, y como para resolver multitud de cuestiones importantes tiene que acudir á tiempos que pasaron, encuentra en la historia un auxiliar poderoso, del que no puede prescindir.

40. Con la *política*, porque siendo ésta la ciencia de las relaciones que existen entre el Gobierno y los pueblos por razon de las formas distintas que puede ostentar el poder, y debiendo estas relaciones, por una parte estar basadas en la justicia y por otra prestar al hombre condiciones de desenvolvimiento, se liga con el Derecho, que es la reunion de esas condiciones.

41. Lígase tambien con la *economía política*, que han dado en llamar ciencia de la riqueza, porque el Derecho, ocupándose de cuanto puede ser su objeto, se ocupa de las cosas que pueden prestar al hombre alguna utilidad.

42. Con la *estadística*, no considerado este ramo de los humanos conocimientos tal cual se la considera, como ciencia de los números, en cuyo sentido vale poco y sirve para ménos, sino como la ciencia que nos enseña á conocer las cosas en su verdadera posicion y manera de ser, y en sus relaciones necesarias; porque, como hemos dicho, el Derecho tiene que ocuparse de las cosas que son en parte su objeto, puesto que lo son de la actividad del hombre, y la *estadística* bien considerada le da ese conocimiento.

43. Con la *literatura* y las *artes liberales*, tanto porque el hombre sólo puede persuadir por medio de la palabra, cuanto porque sin esos conocimientos le sería imposible conocer á fondo y poder interpretar las leyes, escritas á veces en lenguaje no muy claro, y que sólo con los conocimientos literarios pueden descifrarse.

---

# LECCION II.

**Prolegómenos.**

**SUMARIO.**

1. Del Derecho y su desarrollo histórico.—2. Cómo comienza.—3. Sigue al de la humanidad.—4. El progreso es ley histórica del Derecho.—5 al 11. Principios de generacion, asimilacion y propaganda histórica.—12. Del *Derecho positivo*, sus elementos, sus fuentes.—13. Fuentes : 1.ª, la Legislacion.—14. 2.ª, la Política.—15. 3.ª, la Jurisprudencia.—16. No son verdaderas fuentes del Derecho. —17 al 23. Divisiones del *Derecho positivo :* por su orígen, por su objeto, por su forma.—24. Inexactitud de estas divisiones.—25 al 26. Divisiones nacidas del estudio antropológico del hombre.—27. 1.ª division, *Derecho natural.*—28 y 29. Se subdivide.—30. 2.ª division, *Derecho positivo.*—31 al 34. Se subdivide en *público* y *privado.*—35 al 41. El *público* en Derecho de gentes, constitucional, administrativo, criminal y religioso.—42 al 45. El *privado* en civil, comercial y de procedimientos.—46. Dónde se halla comprendido el Derecho civil.—47 al 49. Importancia de su estudio.

1. Hemos dicho en la leccion precedente que por más que los *principios de conocimiento* del Derecho, los derechos absolutos, sean eminentemente espirituales, se confundirán con la moral, y no entrarán real y efectivamente en la verdadera categoría de Derechos miéntras no se manifiesten al exterior por actos de la voluntad humana, que los realiza ó deja de cumplirlos ; y como estas manifestaciones se hacen siempre por medio de la materia, el *Derecho* seguirá un desarrollo histórico perfectamente acorde con el de la humanidad.

2. El estudio antropológico del hombre y de la humanidad nos demuestran que sus primeras apariciones son puramente materiales, que en ellas los elementos de accion, de vida y desarrollo son los *instintos*, las *necesidades* y las *tendencias ;* que más tarde, la *voluntad* y la *libertad* vienen á enseñar al hombre que en ocasiones dadas puede prescindir de aquellos elementos; y, en fin, aparece la *razon*, que destinada á dominar y dirigir la vida del

hombre en todas sus manifestaciones, le muestra cuál sea el *destino* que debe realizar en la tierra, cuáles son los medios con que para ello cuenta, y que así debe en ocasiones sobreponerse á los *instintos*, *necesidades* y *tendencias*, si no contribuyen ó se oponen á la realizacion de ese *fin*, como en otras á los impulsos de la *voluntad* y de la *libertad* cuando no tiene plena conciencia de que los actos voluntarios y libres han de producir el *bien*.

3. Dedúcese de lo dicho que el Derecho presenta en los primeros tiempos de la vida de los pueblos el carácter de rudeza, de materialismo, de fuerza, que acompaña siempre al dominio exclusivo de la materia; ni consulta la voluntad ni la libertad, ni se impone por la razon, sino por la fuerza; más adelante pierde ese carácter, va dulcificándose é imponiéndose voluntaria y libremente, como un medio de encadenar las pasiones y dar acertada direccion á la actividad externa del hombre; apareciendo, por último, como elemento racional, y que por la razon ha de dirigir á los hombres y á la humanidad: empero en este movimiento constante, no se crea que cada nueva aparicion del Derecho se presenta perfectamente deslindada, no; conserva y aprovecha, por el contrario, mucho de lo pasado y ostenta algo de lo que será en lo por venir.

4. Basta lo expuesto para comprender que la *ley histórica* del Derecho, como la ley histórica de la humanidad, es la *ley del progreso*, y no podia ser de otra manera generalmente hablando, porque el hombre es un sér *activo*, *imperfecto*, aunque *perfectible*; como sér *activo*, tiene que desarrollarse y dirigirse á un fin; como sér *imperfecto*, no puede realizar ese fin sin actividad y desarrollos; como sér *perfectible*, esos desarrollos deberán tender siempre de lo ménos á lo más, de lo condicional á lo incondicional, de lo perecedero á lo eterno, y especialmente hablando del Derecho, como éste es una ciencia de aplicacion sola y exclusiva para el hombre, tiene que seguirlo paso á paso en todas sus condiciones; si, pues, la *ley histórica* del hombre es la *ley del progreso*, la *ley del progreso* será la *ley histórica* del Derecho.

5. Téngase presente que de la misma manera que nosotros hemos dicho que el Derecho se diferencia de la moral, de la misma trazarémos una profunda línea divisoria entre el Derecho absoluto, racional y filosófico y el Derecho concreto y positivo, pues el primero es la ciencia de los principios y el segundo la de la aplicacion práctica de esos mismos principios.

6. Hecha esta indicacion, dirémos que la generacion del Derecho absoluto, como nocion puramente espiritual, es anterior al hombre, superior á él, puesto que no se concibe la creacion de un sér sin que desde el momento de su aparicion halle los medios necesarios para vivir y desarrollarse segun su naturaleza esencial.

7. Otra cosa dirémos con relacion al Derecho concreto y positivo; por más que arrancando del absoluto, su verdadera generacion sea tambien espiritual, aplicándose á la vida activa y externa del hombre, y debiendo regular las relaciones que los hombres sostienen entre sí, se presenta con un doble carácter, como condicion de desarrollo individual y como condicion de desarrollo colectivo, y en ambos como elemento coactivo, que encierra la accion del hombre dentro de una esfera determinada; así que, como, segun hemos dicho, la primera aparicion de la vida es puramente material, y sólo materialmente puede dirigirse al hombre en esos tiempos, la generacion histórica del Derecho positivo radicará en la fuerza.

8. Como en esos tiempos la fuerza se combate con la fuerza, y no es por cierto el poder social bastante potente para imponer su voluntad, el Derecho se cobija en el santuario y busca su proteccion en Dios, en la religion, en el sacerdocio.

9. Sus formas externas son religiosas, su accion es sagrada, su manifestacion simbólica, y sólo cuando el poder se fortifica y el Derecho ha adquirido á la sombra de los templos cierto grado de virilidad, es cuando se emancipa y aparece como elemento social de progreso.

10. Como el Derecho, prestando al hombre condiciones externas de desarrollo, toca á todas las manifestaciones del sér humano, no podia olvidar una de las más importantes, que es la vida de relacion; pero ésta se hace más y más rica, más y más múltiple, á proporcion que el hombre más se espiritualiza y más se perfecciona; por eso el Derecho asimila cada dia algun nuevo elemento de progreso, que responda á una nueva relacion creada entre los hombres.

11. Siendo el hombre eminentemente sociable por su naturaleza, y extendiéndose indefinidamente esta condicion esencial de su existencia, las relaciones de hombre á hombre pasan muy pronto á ser relaciones de Estado á Estado, y el Derecho se extiende y se propaga y busca la unificacion.

12. La doctrina sentada en los párrafos anteriores nos demuestra cuál es la evolucion histórica que el derecho ha realizado en el tiempo y en el espacio, así como que esa evolucion ha sido acordada, constante y lógica; esto es, que la humanidad no ha hecho á saltos su carrera, ni prescindiendo del pasado en el presente, ni de éste cuando ha tratado de aventurarse á lo que está por venir: pues bien, de todo ello se deduce que el Derecho positivo tendrá como fuentes externas y prácticas algunas nociones que formen conjunto científico, como en su parte esencial y en sus fundamentos reconoce como fuentes la Moral y el Derecho absoluto.

13. No basta con que la ley positiva exista y sea conocida; como uno de sus caractéres debe ser la estabilidad, porque si ella no fuese estable, instables serian las relaciones que regula, y como ademas debe ser clara y comprensible, al lado del Derecho ha nacido una ciencia que se denomina *Legislacion*, y que podemos definirla: *el arte de fijar y dar vida externa á las leyes positivas.* No hay para qué demostrar que esta ciencia se liga estrechamente con todas las que en la leccion precedente dijimos que eran, hasta cierto punto, auxiliares del Derecho, y lo mismo sucede con las otras dos de que nos vamos á ocupar.

14. En la vida individual y de relacion del hombre se aunan tan estrecha é indisolublemente la materia y el espíritu, que no es posible prescindir de ninguno de estos dos elementos: hemos dicho que el primero es el que se manifiesta desde luégo y con más fuerza, cediendo paso á paso al segundo, conforme éste se va desarrollando y adquiriendo poderío, pero que jamas desaparece; véase cómo es imposible que el Derecho pueda jamas prescindir de lo que fué, ni sacrificar el pasado al presente, ni éstos á lo por venir; véase por qué viene constantemente aprovechando lo que fué, como base y punto de partida, de lo que es y de lo que va á crear, y por qué es necesario que la Legislacion, al formular en leyes la prescripciones del Derecho positivo, tenga en cuenta, por una parte, la influencia de la ley existente; por otra, el estado de un pueblo para recibir una ley nueva. De proporcionarle estos elementos se encarga la *Política*, que siendo *el arte de gobernar á los hombres*, para no ser un elemento perturbador necesita conocer á los hombres y á los pueblos y los diversos grados de desarrollo de ambos en el tiempo y en el espacio.

15. No basta con que se sepa formar una ley, no basta tampóco con que ésta exista, es preciso poderla y saberla aplicar á los diversos casos que puedan ocurrir y caer bajo el dominio de una disposicion legal determinada, y de esto se encarga la *Jurisprudencia*, que es el arte de conocer, interpretar y aplicar la ley. En este sentido la definicion romana de la Jurisprudencia : *Divinarum atque humanarum rerum noticia justi atque injusti sciencia*, duramente combatida por los hombres de ciencia de los pasados siglos, ha sido hoy rehabilitada por el filosofismo aleman, puesto que, extendiéndose el Derecho y la ley hasta las relaciones puramente religiosas del hombre, para poder interpretar bien las leyes que á ellas se refieran es preciso conocer las cosas divinas.

16. Téngase muy en cuenta que nosotros aceptamos como fuentes del Derecho y de la ley á la *legislacion*, la *política* y la *jurisprudencia* sola y exclusivamente en el terreno material, práctico y formulario, porque el *Derecho* y la *ley* no tienen, no pueden tener otras fuentes que la *razon*, la *voluntad*, la *libertad* y el *bien* y la *justicia*. Todo lo que no emane de estas fuentes, aunque deba su orígen á la Legislacion, su sancion á la Política y su aplicacion á la Jurisprudencia, será un precepto del poder, será un mandato; pero ni será una *ley*, ni constituirá *Derecho*. Creemos que sería más exacto llamarlos elementos auxiliares del Derecho filosóficamente considerado.

17. El Derecho se divide en várias ramas, y para designarlas se ha tenido en cuenta por algunos tratadistas su *orígen*, su *objeto* y su *forma*.

18. Recuérdese que hablamos del Derecho *positivo* y que éste tiene un doble orígen, pues por una parte nace de los principios que constituyen el Derecho natural ó filosófico y absoluto, y por otra del poder ; por eso nosotros no podemos aceptar la primera division que los tratadistas hacen siguiendo al Derecho romano en Derecho *divino* y *humano*, para subdividir el primero en *natural* y *revelado*, y el segundo en *civil* y *eclesiástico*.

19. Parécenos que todo Derecho positivo es *humano* por su orígen próximo, si bien todo Derecho es *divino* por su verdadero orígen : nosotros creemos que por su *orígen* el Derecho positivo será *humano* y *religioso*, segun que emane de la potestad temporal ó de la religiosa ; al Derecho *religioso*, entre los católicos, se denomina *Derecho canónico*.

20. Por razon de su *objeto*, suelen dividirlo en *determinador* y *sancionador*.

21. Derecho *determinador* será el que fija la regla de conducta, la condicion de ser de cada esfera de accion en que el hombre se agita, y *sancionador* el que fija los medios coercitivos para hacer realizar aquellas reglas, aquellas condiciones.

22. El primero comprende el Derecho *político*, el *civil*, el *administrativo* y el de *procedimientos;* el segundo el *penal*.

23. Por su *forma*, el Derecho puede ser *escrito* y no *escrito* ó *costumbre*.

24. Hemos indicado las divisiones del Derecho que generalmente se hacen por los tratadistas, aunque no las creamos muy exactas, porque ellas suelen servir de base á la mayor parte de las obras del Derecho; parécenos, sin embargo, que comprendiendo el *Derecho*, no como Derecho positivo, sino en su acepcion más lata, la vida del sér humano en todas sus relaciones externas posibles, las divisiones del Derecho, científicamente considerado, sólo pueden surgir natural y filosóficamente de las distintas manifestaciones del sér, en su vida externa y de relacion.

25. Si nos fijamos en el estudio antropológico del hombre, en su naturaleza esencial, en el fin que debe realizar sobre la tierra, podrémos decir que el hombre se presenta á nuestra consideracion:

1.º Como sér que está llamado á cumplir un fin general.

2.º Como sér que debe cumplir diversos fines parciales y secundarios.

3.º Como sér individual.

4.º Como sér colectivo.

26. Que en cada una de estas cuatro manifestaciones el hombre se agita de un modo diverso, que cada una de ellas crea relaciones distintas, cosa es que no puede dudarse; veamos ahora cómo de esta clasificacion, tomada, segun hemos dicho, de la naturaleza esencial del hombre, surgen diferentes especies de *Derecho:* téngase presente que en todas ellas el hombre vive vida de relacion, porque es esto tan integrante á su sér, que no podemos siquiera comprender al *hombre*, sin que al par comprendamos la idea de *relacion*.

27. Pues bien, el hombre se nos presenta: 1.º *Como un sér que tiene que cumplir un fin general;* este fin, esta destinacion

general es, como hemos dicho ántes, el *bien* libremente concebi- y libremente ejecutado; pero el bien infinito, supremo, bien que no puede realizar por sí solo, porque él es finito, limitado y que sólo realiza relacionándose con todo cuanto existe en relacion de *dependencia*, de *igualdad* ó de *superioridad;* pero siempre por actos externos, pues miéntras los actos no se exteriorizan, no pueden ser del dominio del *Derecho*. En esta faz de la vida el hombre no reconoce superior sobre la tierra, ni tiene por lo tanto otro *poder* que se le imponga que el de la *razon suprema, incondicional* é *infinita*, que todo lo dirige y lo domina todo: el Derecho aplicado, pues, á esta faz de la vida tiene que ser independiente de la voluntad, aunque conforme con la naturaleza del hombre, y se le llama *Derecho natural, racional* ó *filosófico*. Tiene su orígen en la razon suprema; es como ella eterno é invariable, y casi se confunde con la *moral;* en esa alta esfera hemos dicho que el hombre se relaciona con todo cuanto existe en relacion de *dependencia*, de *igualdad* ó de *superioridad*, sólo las dos primeras pueden ser objeto del Derecho; en unas por las relaciones externas que sostiene con Dios, en otras por las que sostiene con los *hombres*, pues en las de *dependencia* con los demas seres inferiores no es posible el *Derecho*. Dedúcese de aquí una subdivision del Derecho en *divino* y *humano*.

28. *Derecho natural divino*, que es el que regula las relaciones externas del hombre con Dios.

29. *Derecho natural humano*, que es el que presta al hombre condiciones externas para que realice en su vida evolutiva exterior su destino general, esto es, el bien supremo.

30. 2.° *Como un sér que tiene diversos fines parciales que realizar;* claro es que esos fines parciales deben realizarse por virtud de actos que se revelan al exterior y que se relacionan estrecha é intimamente con actos semejantes de los demas hombres; como el hombre vive en sociedad, como el cumplimiento de sus fines parciales no sólo se liga con el de los demas, sino que forma, ademas, parte integrante del fin social y del fin humanitario, presentándose con cierto carácter especial y casuístico; y como no sea ni pueda ser indiferente al hombre ni á la sociedad que esos destinos parciales dejen de realizarse; como por otra parte el *Derecho natural* ó *racional* no da más que los principios de conocimiento, el poder social, como *razon* colectiva, superior

á la individual, se ampara de ellos y los aplica á los casos especiales, y surge el *Derecho concreto* ó *positivo*.

31. El *Derecho natural* no varía, ni en su orígen, ni en sus formas, ni en su manera de ser, ya preste condiciones de desarrollo al individuo, ya las preste á la humanidad entera: empero el *Derecho concreto* varía en estos casos en su forma, en su extension y en su manera de ser, y por eso debemos considerarlo con respecto al hombre cuando se presenta:

32. 3.º Como sér individual y sosteniendo relaciones particulares con otros individuos, y surge el *Derecho individual* ó *privado*; y

33. 4.º Como sér colectivo, y sosteniendo relaciones con la colectividad, con el poder, y nace el *Derecho general* ó *público*.

34. Sentadas estas divisiones capitales y prescindiendo del *Derecho natural*, por pertenecer su estudio á la filosofía, mejor dicho, por ser él la *Filosofía* del *Derecho*, ocupémonos del *concreto* ó *positivo*, que hemos dividido en *público* y *privado*, y cuyas dos grandes ramas debemos subdividir en otras muchas. Siguiendo, pues, la deduccion lógica de los principios sentados, y habiendo dicho que para dividir el Derecho debemos acudir á las manifestaciones del sér en su vida externa y de relacion, y así como de su estudio hemos deducido el *Derecho concreto* y *positivo*, que es el que presta condiciones para cumplir los fines parciales y secundarios, el *público*, que hace relacion á la vida colectiva, y el *privado*, á la individual; así, fijándonos en los fines secundarios que el hombre debe realizar, ya como sér colectivo, ya como sér individual, hallarémos las subdivisiones de las dos ramas que forman el árbol del *Derecho positivo* ó *concreto*.

35. Veamos, pues, los fines que el hombre realiza como sér colectivo, y tendrémos las divisiones que pueden hacerse del *Derecho público*.

36. 1.º El hombre como sér colectivo mantiene relaciones con todos los demas hombres por medio de los poderes sociales, esto es, relaciones de colectividad á colectividad, y de ellas nace el *Derecho de gentes*, ó mejor dicho, *internacional*.

37. 2.º El hombre como miembro de un estado está en relaciones con el *poder* que representa la razon de la colectividad, el elemento superior que se impone; las condiciones que sostienen esas relaciones se llaman *Derecho constitucional*.

38. 3.º Los Estados, compuestos de una porcion de hombres sometidos á un poder y á un régimen comun, viven vida material, y necesitan, por lo tanto, medios materiales que les preste la colectividad; á las condiciones que regulan la manera de arbitrar y distribuir esos medios materiales de existencia se llama *Derecho administrativo.*

39. 4.º Los pueblos no podrian existir si no hiciesen respetar el Derecho, ni dispusiesen de medios coercitivos para encerrar á cada uno dentro de su esfera propia de accion, evitando así que invadan la de los demas; á las condiciones que regulan esta nueva faz del *poder* se las llama *Derecho criminal*, del que es una parte el *penal* propiamente dicho.

40. 5.º Los Estados no pueden prescindir de las relaciones externas que los miembros de ellos sostienen con la Divinidad, y á las condiciones que regulan el culto se las llama *Derecho religioso.*

41. Tendrémos, pues, que el *Derecho público* se subdivide en cinco ramas distintas, que son:

1.ª Derecho de gentes ó internacional.
2.ª Derecho constitucional.
3.ª Derecho administrativo.
4.ª Derecho criminal.
5.ª Derecho religioso.

42. Fijando la atencion en los fines secundarios que el hombre realiza como individuo, é independientemente de la colectividad, podrémos dividir el *Derecho privado* de la manera siguiente:

43. 1.º El hombre dentro de una misma sociedad, ó viviendo en distintas agrupaciones sociales, se relaciona con otros hombres, para realizar actos que sólo atañen á proporcionarles medios de llenar su actividad individual y realizar los fines parciales de la vida en sus várias manifestaciones; y á la reunion de condiciones para realizarlo se le llama *Derecho civil.*

44. Algunos de estos actos se presentan con un carácter tan especial en sus formas, necesitan tal rapidez en su accion, que las prescripciones del Derecho civil no bastan, y de aquí nace el *Derecho comercial.*

45. 3.º Nada importaria que el hombre tuviese derechos, si carecia de medios formales para realizarlos; estos medios son los que constituyen el *Derecho de procedimiento.*

El *Derecho privado* se subdividirá:

1.° En Derecho civil.
2.° Derecho comercial.
3.° Derecho de procedimiento.

46. Prescindiendo de estas subdivisiones, y ocupándonos sólo del DERECHO CIVIL, objeto de nuestro trabajo, podemos decir que está comprendido en el *Derecho positivo privado*, debiendo añadir que sus fundamentos se hallan en el *Derecho natural humano*, ó *Derecho racional.*

47. Indudable cosa es que el estudio del *Derecho civil* es importantísimo; él regula las relaciones de la vida individual de relacion en todas sus manifestaciones, en todas sus formas, en todas sus maneras exteriores de ser. Merced á sus preceptos y prescripciones, la familia, cuyos fundamentos son de *Derecho natural;* la familia, orígen santo y sublime de toda sociedad, halla modos de desenvolverse, de perfeccionarse y de realizar sus magníficos sacrosantos fines; las relaciones recíprocas del hombre con la mujer querida, con los hijos, con todos los miembros de esa mística sociedad, sus derechos sobre las cosas que le rodean, los de propiedad que de ellos surgen, las relaciones que se crean por medio de las convenciones y contratos, las obligaciones que de ellos nacen, son los eslabones de una preciosa y singular cadena que liga al hombre con el hombre desde ántes de nacer, hasta mucho despues de haber abandonado esta tierra de peregrinacion.

48. En efecto, el *Derecho civil*, ocupándose de los póstumos, fijando su existencia, sus derechos, velando por ellos desde mucho ántes de que vean la luz, siguiéndolos, cuando ya han nacido, en todos los actos, en todas las manifestaciones externas de su vida, regulando las sucesiones, permitiendo al hombre que haga valer su poder y su voluntad para despues de haber muerto, ¿qué hace más que apoderarse del hombre mucho ántes de haber nacido para no abandonarlo hasta mucho tiempo despues de haber desaparecido de la tierra?

49. ¿Puede darse más importancia á una institucion? Verdad es que no ostenta el brillo ni los atractivos de las distintas ramas del *Derecho público*, porque casi siempre regula relaciones domésticas, relaciones íntimas; pero prescindamos de él y habrémos hecho imposible la vida: y véase por qué el *Derecho civil* ha sido siempre el primero que ha tomado cierta perfeccion relativa, mejor dicho, el primero que ha hecho su aparicion en el tiempo y en el espacio.

# LECCION III.

## Historia del Derecho.—Nociones preliminares.

**SUMARIO.**

1 al 3. Historia en general, cuándo podrá ser considerada como ciencia, necesidad de apropiarla á cada órden de conocimientos.—4 al 6. Historia del Derecho, qué sea, cómo se divide.—7. Historia externa.—8. Historia interna.—9. Cuál debe ser el objeto de estas lecciones.—10 al 14. Su importancia en general, y especialmente con relacion al Derecho civil.—15. Necesidad de dividir la historia del Derecho español en várias edades y éstas en várias épocas.—16 y 17. ¿Por qué comenzamos por la época romana?—18. Se divide en **TRES EDADES**, y éstas en épocas.—19. 1.ª EDAD. 1.ª. *Epoca romana*, rápida ojeada acerca de ella.—20. 2.ª, *Epoca goda*, su análisis.—21. Su division en dos periodos.—22 al 25. 2.ª EDAD. 1.ª, *Epoca feudal ó de la reconquista*, su estudio.—26. Su division en dos periodos.—27 al 29. 2.ª, *Epoca de unificacion política*, su exámen.—30. Períodos en que se divide.—31 y 32. 3.ª EDAD. 1.ª, *Época moderna*.

1. La *historia*, tratada en general, se ha definido por algunos diciendo que: «Es la manifestacion gráfica de la humanidad en el tiempo y en el espacio.» Nosotros prescindirémos por un momento de la definicion, para ocuparnos de lo que en el lenguaje vulgar se entiende por historia; hase dado este nombre, á la narracion más ó ménos verídica, y casi siempre cronológica, de los hechos que se han realizado en el mundo, y bajo este aspecto preciso es confesar que será un precioso ramo de erudicion; pero ni nos enseñará nada, ni siquiera nos mostrará la importancia de un acontecimiento dado; sus noticias podrán adornar la memoria, pero no llegarán á apoderarse de la inteligencia; para que sea objeto de ésta, para que pueda ostentar un aparato científico, hácese necesario, no sólo que nos presente una sucesion de hechos y de fechas más ó ménos verídicos, sino que nos enseñe cuáles fueron las causas productoras de esos hechos, y qué nuevos acontecimientos surgieron de ellos. Sólo así considerada la *historia* tiene un carácter científico; sólo así le es aplicable la de-

finicion dada, ó mejor, la de que: «*Es la manifestacion de la humanidad moviéndose y progresando en el tiempo y en el espacio para realizar su destino.*»

2. Considerada así la *historia*, colocada en ese terreno filosófico, no sólo tiene un carácter eminentemente científico, sino que abraza todas las ciencias, todo el arte, las manifestaciones todas de la vida, porque sólo estudiando el conjunto de todas esas cosas podemos elevarnos á la concepcion de las causas que han acelerado ó retardado el movimiento evolutivo y de progreso constante de la humanidad, sólo así apreciar si ésta se acerca ó se aleja de la consecucion de su destino, de la realizacion del *bien* supremo que debe ser su aspiracion final.

3. Como el campo de accion de la historia así comprendida es tan vasto, que no puede abarcarlo en su conjunto la inteligencia de un solo individuo, se ha tocado la necesidad de dividirla, apropiándola á cada órden de conocimientos; de aquí el que cada ciencia tenga su historia, que no será otra cosa que una parte integrante de la historia universal, de la historia de la humanidad.

4. No es, por cierto, la ciencia del *Derecho* una excepcion á la regla general; hemos visto que el Derecho, aunque sus fundamentos sean eternos é invariables, se ha manifestado, desarrollado y progresado en el tiempo y en el espacio, contribuyendo grandemente al desenvolvimiento y progreso de la humanidad; la *historia*, pues, tiene que ocuparse del Derecho en sus diversas ramas, mostrarnos sus desarrollos y marcha progresiva, y darnos á conocer las causas que han producido ó retardado su marcha y sus progresos, acelerando ó retardando los de la humanidad.

5. Claro es que, así considerada la historia, es una parte de la ciencia del Derecho, y con el carácter de ciencia debemos estudiarla. Definámosla diciendo que Historia del Derecho no es otra cosa que *la manifestacion del movimiento, desarrollo y progreso de la ciencia del Derecho, en el tiempo y en el espacio, deducida de las leyes, códigos, costumbres y monumentos respectivos.*

6. Divídese por los autores la Historia del Derecho, en *Historia externa é Historia interna.*

7. Llámase HISTORIA EXTERNA: *á la noticia cronológica de cuantos elementos han contribuido al progreso del Derecho en un*

*pueblo determinado;* esto es, á la enumeracion de las diversas fuentes del Derecho, su importancia é influencia en el movimiento científico, á la de los diversos trabajos legislativos que se han hecho, pero sin examinarlos detalladamente, sin estudiar á fondo las diversas disposiciones de cada fuente, ni ménos sus causas productoras.

8. HISTORIA INTERNA, por el contrario, es la que nos *presenta y analiza el cuadro de la existencia legal, política y social de los pueblos, los hombres y los tiempos, bajo el aspecto del Derecho.* Para conseguirlo, examina las fuentes del Derecho, busca en su estudio profundo el orígen, las causas ocasionales de cada disposicion legal, su desarrollo sucesivo, las distintas fases por que cada institucion ha pasado desde su aparicion primitiva hasta lo presente, y la influencia que cada variacion ha tenido en la manera de ser y en la civilizacion de una época ó de un pueblo.

9. Al ocuparnos en la introduccion del método para estudiar el Derecho civil de España y al decir que no podiamos prescindir de la crítica histórica, claro es que aludiamos á la *Historia interna;* pero al ocuparnos del estudio histórico del mismo, como preliminar de nuestro libro, sólo la *Historia externa* va á ser objeto de nuestro trabajo, ya porque de ésta sólo se ocupan nuestros programas universitarios, y escribimos muy especialmente para los alumnos de Derecho, ya porque la *Historia interna* se une y sigue paso á paso á cada institucion determinada.

10. Se ha desdeñado por muchos el estudio de la *Historia del Derecho*, sin tener en cuenta su altísima importancia; ya en nuestra Introduccion (1) hemos tratado de demostrarla. Deciamos y repetimos de nuevo que siendo el hombre la reunion del espíritu y de la materia, siendo un sér perfectible, pero no perfecto, y manifestándose primero como un sér material para irse paso á paso espiritualizando, perfeccionando, no podia pasar de un órden de ideas, de un órden de civilizacion á otro órden nuevo de civilizacion y de ideas en un momento dado y prescindiendo por completo de lo que fué, sino que cada nuevo progreso, cada nueva conquista de la inteligencia, del espíritu, arranca y tiene su punto de partida en un estado anterior, más material y ménos perfecto por lo tanto; así que es imposible que el hombre se co-

(1) Introduccion, páginas 3 y 4.

loque ni asiente su planta con seguridad y firmeza en lo presente, sin que conozca lo que ántes existia y dió orígen y nacimiento á lo que existe, y como momento actual de la vida humanitaria se ostenta á su mirada y á su estudio : ni le es posible fijar su vista en lo que está por venir, sin conocer lo presente y lo pasado, ni sin este conocimiento preparar y prevenir los acontecimientos, ni impulsarlos por la senda del progreso humanitario, del verdadero progreso, de ese progreso providencial y santo, que no destruye jamas sino despues de haber edificado sobre sólidas bases ; que no se agita y conmueve en el vacío, sino en el mundo de la razon y de la inteligencia ; que sabiendo que el *bien* no es el patrimonio de una época ni de un pueblo determinados, sino del mundo y de la humanidad, le busca y le toma y le acepta allí donde lo halla.

11. Fijándose en la *Historia del Derecho*, el hombre comprende que las épocas distintas que á su consideracien se presentan, son momentos del gran todo que se llama vida, y no miembros aislados y sin relacion, y que siendo el Derecho siempre uno en su esencia, aunque vário en su forma, habrá hecho, áun en las épocas más remotas, manifestaciones integrales que no pueden olvidarse ni despreciarse, y no le será difícil, por una parte, averiguar y conocer las causas ocasionales de esas manifestaciones, y por otra, comparándolas con las que hoy pueden impulsar el movimiento, apreciar la extension que á éste deba darse, su límite posible de actualidad y lo que debe hacerse para prepararle un nuevo progreso.

12. Que el estudio histórico del Derecho así considerado es extensísimo, que abraza todos los tiempos, todos los pueblos y todas las ciencias, fácil es comprenderlo con sólo tener presente que el Derecho es la manifestacion más integral y más extensa de la vida : pero al mismo tiempo que su inmensa importancia, se comprenderá tambien su no ménos inmensa dificultad y lo indispensable que es dividirlo y concretarlo.

13. Nosotros, haciéndolo así, vamos, como hemos dicho, á ocuparnos solamente del estudio de la Historia del Derecho civil español, que no por ser una parte muy pequeña del estudio general, carece de gravísimas dificultades y de lagunas que con gravísimo peligro pueden vadearse, que si á las veces aparece claro el órden de sucesion de las leyes y códigos, que son su ob-

jeto, no sucede lo mismo con la razon de ser de las instituciones que regulan, ni con sus causas productoras.

14. Tal vez la importancia que hemos dado al estudio general de la *Historia del Derecho*, léjos de disminuir, acrezca tratándose del *Derecho civil español*, de una manera pasmosa; para comprenderlo así, basta tener en cuenta lo que hemos dicho en nuestra Introduccion (1). El jurisconsulto español, el juez, el abogado, no hallan en España, como en otros países sucede, una legislacion uniforme, ni ménos un código que encierre todo el saber de las leyes en una época determinada; el Derecho civil vigente se halla repartido en multitud de códigos, y ni áun éstos rigen á toda la nacion, que mucha parte de ella, y por cierto no la ménos importante, se rige por legislaciones especialísimas, que si en tiempos no muy lejanos de nosotros apénas sus efectos se sentian fuera de los límites de cada provincia, hoy, merced á la facilidad de las comunicaciones, al aumento de la riqueza, de la actividad mercantil y de las múltiples transacciones que ella origina, se extienden por toda la península; así que creemos imposible conocer bien el Derecho civil español, ni ménos aplicarlo con acierto, sin estudiarlo en su faz *histórica*, al par, como hemos dicho, que en su faz *filosófica* y *práctica*.

15. No es posible tampoco hacer este estudio en conjunto; hácese necesario, del mismo modo que hemos tomado un solo miembro del gran todo científico, que se lláma Historia del Derecho, proceder con método y dividir la que es objeto de nuestro estudio en edades, y éstas en épocas que representen distintas faces de nuestra civilizacion social, política y legal, y distintas manifestaciones de la vida del pueblo español en la esfera del Derecho.

16. Parecia natural que al hacer este trabajo partiésemos del momento en que el pueblo español se coloca en el magnífico cuadro del mundo, con autonomía, con personalidad distinta é independiente, como una nacionalidad que vive por sí y para sí, y sin embargo, de otro modo tenemos que proceder, á más remotos tiempos remontar nuestro estudio, porque como, segun hemos dicho, la existencia de los pueblos y de los hombres se encadena de una manera tan estrecha y providencial con el pasado, y como los unos y los otros aprovechan en lo presente multitud de

---

(1) Introduccion, páginas 2 y 3.

preciosos elementos de lo que fué, que no pueden ser conocidos ni comprendidos ni apreciados sino trasladándose con la inteligencia á los tiempos en que tuvieron vida; y como la nacionalidad española, creada por la invasion visogoda, léjos de romper con lo pasado, se afirma en ello, y de ello tomó una gran parte de los elementos componentes de su existencia, á ese pasado remoto tenemos que acudir para buscar los orígenes y causas productoras de lo que fué.

17. Comenzamos, pues, el estudio de la historia de nuestro Derecho en el momento en que dada la unidad al mundo por la altiva Roma, España, como provincia del grande imperio, se ve sometida por completo á sus leyes, como ántes lo habia sido, tras larga y gloriosa lucha, al poder vencedor de sus legiones. Tres razones principales nos inducen á comenzar en esos tiempos nuestro estudio: es la primera, que desde ese momento, y no ántes, podemos saber cómo vivia España bajo el aspecto del Derecho, cuál era el que la regía y cuál la forma de su gobierno; la segunda, que los godos, indudablemente la gente más ilustrada de cuantas invadieron el territorio del imperio, transigieron hasta cierto punto con los conquistados, dejándoles parte de su propiedad y sus antiguas leyes, y tomando de ellas no poco para confeccionar el código destinado á concluir con la legislacion de castas y unificar la de España, y la tercera, que el CÓDIGO ALFONSINO, el monumento más grande y de más profunda ciencia que los siglos medios nos han legado, está vaciado en molde romano y sigue paso á paso la legislacion del pueblo rey (1).

18. Involuntariamente hemos ya tambien descrito el método que hemos de seguir en cuanto al fondo y esencia del trabajo; siguiendo al hombre en su vida activa, lo hallarémos en la vida del Derecho, los movimientos de aquél nos darán á entender y nos enseñarán el movimiento de éste; pero los métodos no son sólo aplicables ni sólo tienen importancia en la parte esencial de la ciencia; aplícanse y son necesarios para la parte formal y artística, digámoslo así, de la ciencia misma, y si, segun ellos, la podemos seguir en sus desarrollos constantes y sucesivos, ellos tambien nos indican cómo hemos de organizar el estudio para alcan-

---

(1) ELIAS. *Programa y manual de Derecho romano.* Introduccion, pág. XIV y siguientes.

zar el fin más noble de la ciencia, que es el conocimiento de la verdad.

Veamos, pues, el procedimiento externo y artístico que para conseguir este fin, tratándose de la historia del Derecho español, vamos á seguir; para ello volvamos á nuestro constante punto de partida: el hombre y el conocimiento de su naturaleza. Pues bien, el hombre, como hemos indicado, hace su primera aparicion, su aparicion embrional sobre la tierra como sér físico sensible, y cede y está dominado por la unidad material; este estado cesa apénas la espontaneidad aparece; con ella, la unidad primitiva y material se rompe, y surge la variedad, el contraste, la lucha, tras la espontaneidad, la reflexion, la razon, el espíritu, toman parte activa en la vida, armonizan los elementos varios de la unidad racional y del espíritu, que es la belleza, el bien, el destino ulterior del hombre. El método, pues, para estudiarlo exige que le tomemos en esas tres manifestaciones integrales; pero en ellas, como en todas las demas, el hombre procede por actos sucesivos, por tránsitos complejos y relativos y dentro de cada una de esas tres manifestaciones capitales, y como componentes de ellas existen otras muchas, secundarias, sí, pero importantes y de trascendencia; de las que no se puede prescindir.

Pues bien, la Historia del Derecho español tiene que estudiarse en cada manifestacion distinta; áun no ha salido de las dos primeras divisiones capitales, todo lo más se halla al comienzo de la tercera, pero en cada una de ellas ha pasado por períodos secundarios muy distintos.

Para fijarlos bien, podrémos decir que el período verdaderamente embrional de unidad material, de dependencia, es el período en que como provincia romana vivió sometido y dependiente de Roma, de ella recibia sus leyes y su derecho.

Cesa este período cuando la irrupcion de los bárbaros crea una nacionalidad independiente, y desde ese instante aparece el período de lucha, de variedad, de espontaneidad y de independencia, que hemos dicho constituye la segunda edad de la vida.

Con Chindasvinto (Chindswint) se inicia el tercer período, el de la unidad armónica, pero ni para él estaba preparado el pueblo español, ni el tiempo habia venido, y la nueva invasion arábiga, destruyendo la monarquía de los godos y su preciada obra de unificacion, lanza á España de nuevo en la segunda edad de variedad

y de lucha, de la que apénas si hemos salido en el siglo presente.

Y creemos que debe fijar un punto la atencion ese gran acontecimiento que se llama la invasion árabe; parece á primera vista, y dado el estado de la monarquía de los godos, que debe considerarse como un inmenso retroceso, toda vez que aquélla habia llegado al apogeo de la civilizacion y la grandeza y estaba á punto de realizar la unificacion política y legal del pueblo español; y la invasion arábiga destruyó todo esto en un solo momento, pero es necesario tener en cuenta que lo que los godos esperaban conseguir, ni se ha realizado ni puede realizarse jamas por un pueblo solo, porque los pueblos, como partes integrantes de la humanidad, tienen que marchar en íntimo acuerdo y armonía, y el que, saliendo de esa esfera produce un progreso superior á su época, es una aberracion en la historia y desaparece, ó retrocede para entrar en el concierto general del mundo.

Eso sucedió con el pueblo godo; se adelantó á su época; el mundo moderno no habia salido de la segunda edad, del segundo período; le faltaba aún la gran lucha que se llamó Edad Media para llegar al tercero, y por una ó por otra causa, el progreso realizado en España por la gente visogoda habia de convertirse en necesario é ineludible retroceso. La tremenda rota del Guadalete, destruyendo la monarquía que Ataulfo (Alta-hülph) fundára, detiene el movimiento para que España recorra el camino natural que en el proceso histórico de los tiempos debia recorrer.

Con la invasion muere el imperio godo, pero desaparecen tambien, y por completo, las diferencias de raza que en su seno existian, para que nazca la verdadera nacionalidad española. De la civilizacion que fué queda todo cuanto tenía vida propia y podia servir de base á los nuevos estados y á la nueva civilizacion. El pueblo que sale de las montañas de Astúrias no es godo ni romano, es español, y aunque aprovecha cuanto era de aprovechar de aquéllos, le da nuevo carácter y nuevas condiciones.

No hay ya para ese pueblo edad embrional, no; nace en la segunda edad humanitaria, en la de la lucha, y en ella le vemos desde el primer momento histórico de su existencia, debida á un profundo sentimiento de espontaneidad, de independencia; por eso no hallarémos en él esa unidad material de los primeros tiempos de la vida, y, cosa peregrina, ni siquiera es la unidad la cohesion que distingue á los pueblos guerreros y conquistadores.

Lucha por su independencia, pero lucha con independencia, no colectivamente como en la edad embrional ó en la edad sintética, sino individualmente, como se vive en la segunda edad humanitaria.

Podrémos, pues, dividir la Historia del Derecho español en tres grandes edades, que denominarémos : á la

1.ª Edad embrional, de formacion de unidad material; á la

2.ª Edad de espontaneidad, de lucha, de variedad ; y á la

3.ª Edad de unidad espiritual, reflexiva, racional.

Como dentro de cada edad se ha procedido con actividad incesante y acercándose más y más cada dia á la edad siguiente, dividirémos éstas en épocas y las épocas en períodos.

La primera edad comprende dos épocas, que son :

*a.*—La romana.

*b.*—La goda.

La segunda edad comprende otras dos :

*c.*—La época feudal ó de la reconquista.

*d.*—La época de unificacion política.

La tercera edad sólo abraza una época, la moderna.

19. PRIMERA EDAD. — 1.ª *Epoca romana.* Sometida España al yugo de la señora del mundo, provincia del imperio, ni tiene vida propia, ni personalidad, ni autonomía; parte integrante de aquel estado poderoso, recibe de él la legislacion y los hábitos y la manera de ser : su carácter independiente hace que, á pesar de todo, tenga cierta vida propia distinta de la del coloso, que brilla por su civilizacion especial, por su grandeza, por la ciencia y el saber de sus hijos, que como filósofos casi llegaron á comprender la ciencia en toda su pureza, y como hombres de gobierno, cuando se sentaron en el trono de los Césares, por su bondad, por sus dotes generosas y por su amor á la justicia, hicieron las delicias y la felicidad del mundo. Separada esencial, aunque no formalmente, del resto del imperio, conservó en depósito sagrado y con gran pureza el espiritualismo cristiano que habia de permitirle imponerse á los godos vencedores de Roma y convertirlos en agentes poderosos de la civilizacion moderna.

20. 2.ª *Epoca Goda.* Tras larga y sangrienta lucha, el pueblo visogodo toma asiento en España como conquistador ; pero siendo el más ilustrado, el ménos rudo de cuantos invadieron el territorio del mundo romano, al par que emanciparon la provincia

española de Roma, que la dieron autonomía, independencia, que crearon una nacion, recibieron y aceptaron la influencia del pueblo conquistado, del que concluyeron por tomar la religion, los hábitos y parte de las leyes. Verdad es que durante largo tiempo hubo en España dos castas, gótica é hispano-romana, esto es, vencedores y vencidos, que cada una se rigió por diferente ley, y áun que profesaron religiones distintas, aunque análogas ; pero todas estas diferencias van desapareciendo ; los godos tienden á dar unidad á la nacion por ellos creada, y no la unidad material que nace de la fuerza, sino la espiritual que surge de la razon: para conseguirlo trataron de unificar la legislacion y promulgaron el Fuero Juzgo; para conseguirlo abolieron la ley de castas, y es claro que sin abandonar sus costumbres y leyes propias, tomaron parte de las costumbres y leyes de los vencidos: podemos, pues, dividir esta época en dos períodos, que llamarémos de la diversidad de Derecho y de unificacion.

21. El primero comprende todo el tiempo que medió desde el nacimiento de la monarquía con Ataulfo (Atta-hülph) hasta la formacion del Fuero Juzgo reinando Chidasvinto (Chind-swint), y el segundo, que comprende desde este rey hasta la invasion sarracena.

22. 2.ª EDAD.— 1.ª *Epoca Feudal ó de la reconquista.* La noble y generosa raza goda que creára la nacionalidad é independencia de España ; la magnífica y brillante monarquía que nació con Ataulfo, cimenta con Eurico (Ew-rik) su poder y grandeza, los acrecienta con Liuva (Lew) y Leovigildo (Lew-gild) que, apoyados en la razon, la justicia y el derecho, la elevan á su apogeo: cambia de religion con Recaredo, y casi consigue, ó al ménos prepara, la fusion de las dos castas, y por fin con Chindasvinto (Chind-swinth) y Recesvinto (Rek-swinth) realiza el gran pensamiento, bajo el punto de vista político y legal, con la publicacion del Fuero-Juzgo, que hasta da nombre al género de arquitectura más severo y grandioso que se conoce, perece en el trance de una batalla y víctima de una nueva y terrible cuanto no esperada invasion.

Anacronismo histórico la monarquía goda, por su alta ciencia, por sus progresos tan rápidos como firmes y seguros, por su racionalismo, habia cumplido su mision y desaparecia para dar treguas al triunfo del espíritu y permitir que en la lucha tremen-

da que éste habia de sostener con la materia, y que se llama Edad Media, trajese un progreso real é indestructible.

23. Con la invasion sarracena se inaugura sin duda alguna para España la primera época de la segunda edad humanitaria; época de lucha, de espontaneidad, de independencia, de variedad; pero la monarquía goda habia hecho mucho, y quizás á ella se debe que esa primera época no haya sido tan bárbara en nuestra patria como en casi el resto de Europa.

24. Los primeros momentos que vinieron en pos de la invasion debieron ser, y fueron sin duda alguna, de estupor, de marasmo, de inaccion, á pesar de la sangre viril y fiera que la gente goda habia infiltrado en el pueblo hispano-romano, á pesar de la grandeza del imperio de Leovigildo y Recaredo, la division de razas apénas extinguida y la dependencia en que desde que fué conquistada por los romanos habia vivido España unida á la dulzura del carácter musulman, hicieron que el pueblo sufriese resignado el nuevo yugo que se le imponia; pero muy pronto viene la reaccion: las montañas de Covadonga y de Sobrarve son la cuna de un nuevo imperio, que impulsado por el doble sentimiento de la religon y de la independencia, alza un pendon que, jamas vencido, y despues de reconquistar la perdida tierra, habia de ostentarse tan grande y poderoso que jamas se pusiera el sol en sus dominios.

Es cosa clara que durante los primeros momentos de la reconquista y en los albores de las primeras monarquías, sólo se pensára en luchar y de manera alguna en hacer leyes, con tanto más motivo cuanto que la fusion general que no habia podido realizarse por completo, ni por el tiempo, ni por la voluntad de los reyes godos, ni por sus sábias leyes, se habia verificado de un solo golpe, merced á las cimitarras sarracenas que habian nivelado al godo y al romano y creado el español; pero el español con una legislacion completa y relativamente muy perfecta, cual era la contenida en el Libro de los Jueces, cuya tendencia principal, la de unificacion, estaba cumplida y satisfecha. Por eso, y de ello hay pruebas sobradas (1), el Fuero-Juzgo continúa siendo el código general de los españoles durante la reconquista.

25. Pero ésta no se hace de un golpe, como se hizo la invasion;

(1) MARTINEZ MARINO: *Ensayo sobre la legislacion*, Lib. I, §§ 42 al 46.

es, por el contrario, lenta y trabajosa; significa ocho siglo de luchas y de combates, y en ocho siglos las condiciones y manera de ser de los pueblos cambian, se modifican y pasan por las más variadas fases. La guerra que el pueblo español sostuvo por su religion y por su independencia ostentó desde luégo un singularísimo carácter; no fué la lucha iniciada seguida y sostenida por un hombre, ni por la ambicion de gloria y de poder de un hombre solo alentada; fué la lucha de todo un pueblo y de todos y cada uno de sus ciudadanos; por eso en ella no se ve esa unidad que distingue el poder de los pueblos conquistadores y que los hace desaparecer cuando el centro de unidad sucumbe; no, es la lucha que no cesa, es la conquista que si retrocede espera avanzar de nuevo, es la victoria ó la derrota del rey, del obispo, del magnate, del simple ciudadano, de todo el que tiene fuerza para soportar una armadura, brazo para sostener una espada. Por eso la victoria y el triunfo eran ciertos, seguros, ineludibles, pero al par lentos, trabajosos, constantes; por eso ni el triunfo ni la victoria crean un poder enérgico, absorbente, central; ni siquiera una clase potente y dominadora; por eso en esta noble tierra de España el *feudalismo*, esa llaga de la Edad Media, apénas si existió y tuvo importancia; por eso á la *unidad* legal momentáneamente introducida por el Fuero-Juzgo, sucedió la *variedad* inmensa de los *fueros*, de las *cartas pueblas*, de los *municipios;* por eso, á pesar de la tendencia á la unidad, que especialmente desde SAN FERNANDO se revela, la unidad no se realiza; y en medio de una variedad que asombra, llega España á tocar los umbrales del siglo XIX.

26. Esta primera época de la segunda edad evolutiva española, que responde á la segunda edad humanitaria, puede dividirse en dos períodos: el primero, que arranca desde el momento en que se inició la reconquista y llega hasta el siglo XIII, y al que podrémos llamar período de *variedad formal absoluta;* y el segundo, que comienza en el siglo décimotercero y termina en el décimoquinto, al que denominarémos de *tendencia á la unidad*, porque no se llegó á conseguirla aunque sí á prepararla.

27. 2.ª EDAD.—2.ª *Epoca de unificacion política*. Jamas la semilla del *bien* que se arroja al mundo deja de fructificar; pero lo hace más ó ménos lentamente, con mayor ó menor lozanía, segun que la tierra esté mejor ó peor preparada; los magníficos trabajos

legislativos, que aunque interrumpidos, arrancaban del Fuero-Juzgo, y continuaron en las magníficas y múltiples concepciones del sabio rey D. Alfonso, habian de producir sus frutos, pero cayeron en una tierra refractaria á la *unidad*, y ha sido necesario mucho tiempo para que aquel gran pensamiento, acariciado con amor por las colosales inteligencias de San Fernando y D. Alfonso su hijo, comience á realizarse.

28. Apénas pasó algun tiempo desde que los bárbaros del Norte con diversos nombres conocidos destruyeron el mundo, romano y sobre sus calcinadas ruinas establecieron un nuevo mundo, se crearon monarquías enérgicas y absolutas; el poder se reconcentró en la persona del rey, y éste, aunque forzada, dió unidad á sus dominios; quizás á su lado feroz, sombría é imponente se alzaba la figura del *señor feudal*, señor y vasallo á un tiempo, en guerra con su rey, en lucha con la sociedad y con la civilizacion, pero pronto siempre á tiranizar y dominar á los que no se habian mecido en blasonada cuna; la unidad material, embrional, de los tiempos primitivos, en horrible consorcio con la variedad y la lucha de la segunda edad, dominaban durante los *tiempos medios* al mundo. España fué una excepcion; verdad es que el rico-home luchaba con el rey y queria absorber, ó cuando ménos compartir, el poder real; pero al mismo tiempo, y en medio de encarnizada lucha intestina, la voz del honor y de la religion le llamaba á nuevos combates, y daba tregua necesaria á las revueltas civiles para volver la espada contra el enemigo comun, de cuyo vencimiento habia de sacar gloria no escasa, ricas preseas y bendiciones celestiales, y entónces se unia al rey y con él marchaba al combate; pero ni el magnate ni el rey, aunque momentáneamente unidos, iban solos; el obispo y el sacerdote, la cruz alzada y la lanza en ristre, los acompañaban en el nombre de Dios, y la ciudad, el municipio, el pechero en nombre de la libertad, de la independencia de la patria; y cuando la victoria coronaba los comunes esfuerzos, y cuando la cruz hollaba la media luna, el rey, y el sacerdote, y el noble, y el pechero, compartian los laureles, la gloria, el botin y la preciada bendicion del cielo.

29. Y véase cómo en España, en esta tierra clásica de la independencia y de la libertad, se conoció prácticamente el gran principio de *igualdad* nacido del cristianismo, cuando en las demas naciones ni se presentia; pero este estado especialísimo y asaz peregri-

no de nuestra patria, y las causas que lo produjeron, dieron orígen á la vez á la variedad infinita que nos ha distinguido, y no consintieron que se realizase la ansiada empresa de nuestra unidad legal.

Deseábanla los reyes, como que habia de ser la piedra angular de su poder; pero la rechazaban los magnates, la temian los pueblos, le hacía frente con fiera energía el indomable sentimiento de independencia, y quizás hasta los accidentes geográficos se le oponian.

Era la aspiracion de todos, y buena prueba de ello son los esfuerzos de los monarcas por conseguirla, las peticiones reiteradas de los pueblos en las Córtes por obtenerla (1); mas se daba un paso, y al monarca se oponia la nobleza, y el pueblo, temeroso de perder sus franquicias, retrocedia, y el deseo no se realizaba; y es que, como hemos dicho, no se pasa de un estado humanitario á otro estado en un solo momento histórico y sólo por un esfuerzo de la voluntad, sino lenta y sucesivamente, como el hombre no pasa de una edad á otra edad en un instante dado, ni era posible por lo tanto en España pasar de la variedad legislativa más absoluta á la unidad armónica en un momento, ni simultáneamente, aunque los monarcas y los pueblos lo deseáran y lo quisieran.

Hacíase necesario que los tiempos vinieran; que las condiciones necesarias para llegar á la unidad racional y armónica se cumpliesen; que el movimiento se ligase con el del mundo entero, y ni la época de San Fernando y D. Alfonso el Sabio, ni la de los Reyes Católicos, ni tal vez la que alcanzamos, reunen todas las condiciones que son necesarias para llegar al fin apetecido. Sin embargo, los notabilísimos trabajos legislativos que desde el Código de las Partidas se han realizado no han sido perdidos para España ni para el mundo moderno, y si con sana crítica y filosófico espíritu examinamos nuestras antiguas y olvidadas leyes, hallarémos en sus preceptos gérmenes ricos y admirables de perfeccion y de progreso.

Parecia, sin embargo, llegado el momento propicio cuando las coronas de Castilla y Aragon se reunieron por el matrimonio de doña Isabel y D. Fernando; cuando, al clavarse en la hermosa Granada el pendon de la cruz, la reconquista se habia terminado,

---

(1) *Córtes de Valladolid*, de 1523.—De Madrid, de 1534.—Valladolid, 1544 y 1555 y otras.

lanzando á la morisma del lado allá de los mares; cuando los orgullosos magnates castellanos, vencidos por el poder y la grandeza de los Reyes Católicos, doblaban la rodilla é inclinaban la cabeza ante ellos; cuando para más elevarlos en fuerza y poderío, Colon ponia bajo su dominacion un mundo hasta entónces desconocido. Empero áun la unidad de Derecho no puede conseguirse; realizóse, sí, la unificacion política, pero no la legal, y áun aquélla de una manera especial, porque no se destruyen las diferencias de costumbres, de dialectos, de necesidades, que caracterizaban á las diferentes provincias, mejor dicho, á los diferentes pueblos y lugares de aquella vasta y poderosa monarquía.

Mucho se trabajó, mucho se legisló durante toda la época que nos ocupa; pero llegamos á los umbrales del siglo presente sin haber conseguido ni remotamente unificar nuestro Derecho.

30. Podemos dividir esta época en dos períodos que abrazan: el 1.°, desde el siglo XV al XVII, y el 2.°, desde el siglo XVII al XIX.

31. 3.ª EDAD.— 1.ª *Epoca: época moderna.* Distinguióse el siglo XVIII por su inmensa actividad, siglo de profunda elaboracion, punto de interseccion entre la segunda y la tercera edad humanitaria; presenció grandes sacudimientos y terribles catástrofes; no hubo en él una irrupcion de hombres ó de pueblos como en los tiempos medios, pero sí de ideas; no se destruyeron imperios, pero se cambió una civilizacion; se trajeron á la práctica los pensamientos, las ideas, los principios que durante muchos siglos se habian venido elaborando: puede asegurarse que en él terminó la segunda edad humanitaria y se entró en la primera época de la tercera edad; áun la lucha no ha terminado por completo; áun no se ha llegado á la unidad armónica y racional, signo distintivo y característico de la tercera edad humanitaria; pero de dia en dia, de momento en momento nos vamos acercando, y todas las razas, todos los pueblos civilizados, así en Europa como en América, han entrado en el concierto universal, y la ciencia triunfa de la ignorancia, y el derecho se sobrepone á la fuerza, y el espíritu se impone y domina y dirige á la materia, y ésta, dócil y obediente al impulso que el espíritu le comunica, le presta todas sus fuerzas y todo su poder, sin duda alguna importantes, para que el espíritu amplíe más y más su esfera de accion, y precipite más y más tambien su triunfo, que es el triunfo del bien, de la belleza, de la verdad.

Parecia que España, perdida su grandeza y poderío en el segundo período de la edad anterior, habia entrado en la decrepitud y se preparaba á dormir el sueño de la muerte; pero en las modernas civilizaciones los pueblos no desaparecen como en la edad antigua; se detienen, no su actividad; parece que agonizan, pero se regeneran, y como el fénix, renacen de sus cenizas; y España ha vuelto á la actividad, á la vida en el siglo presente, y se prepara, no sólo para llevar á cabo el pensamiento de la unificacion legal iniciada por Fernando el III y Alfonso el X, sino quizás á ir mucho más allá y realizar, en tiempos no lejanos, altos y providenciales destinos; sóbrale el aliento generoso y la virilidad; tal vez no se ve el movimiento que se opera en su seno; tal vez no se alcance su importancia, pero tal vez no está muy distante el momento en que la mano poderosa del Eterno la levante é impela á realizar grandes hechos. Miéntras y en la segunda mitad del siglo XIX ha modificado, cambiado, tratado de unificar su derecho por virtud de leyes apreciables y dignas de estudio, como ha modificado, cambiado y unificado su manera de ser política y social: quizás en esta pobre tierra tan escarnecida se ha hecho más en los últimos veinte años que en muchos países orgullosos de su civilizacion en todo lo que va de siglo.

Sea de esto lo que quiera, toda vez que no es éste el lugar de desenvolver estas indicaciones, y trazado ya el cuadro de nuestro derecho en el tiempo y en el espacio, pasemos á ocuparnos de su estudio en las distintas edades y épocas que para ello hemos señalado.

# LECCION IV.

**Historia del Derecho.—Primera edad.—Primera época. —España romana.**

**SUMARIO.**

1 al 13. Carácter de la civilizacion romana.—4 al 10. España, provincia romana; su grado de cultura, su estado bajo el punto de vista político al verificarse la invasion.—11. Dificultad de fijar su situacion jurídica especial.—12 al 17.—Ojeada general acerca de la organizacion del mundo romano en esta época.—18. Fuentes del Derecho en España; fuentes generales, especiales.—19 al 20. *Lex provinciale.—Ædictum provinciale.*—21 al 23. LEY PROVINCIAL, qué sea; la de España nos es desconocida.—24 al 26. EDICTO PROVINCIAL, qué sea; se ignora el que regía en España.—27. Las ciudades, los municipios, las colonias se regian tambien por leyes especiales; Tablas Malacitanas.—28.—Division de las provincias.—29. Importancia del estudio del Derecho civil romano.

1. 1.ª EDAD.—1.ª *época: España romana.* Hemos dicho con repeticion que el carácter esencial y dominante de las antiguas civilizaciones era la variedad, y su consecuencia necesaria la lucha constante y encarnizada, que dando el predominio á la fuerza material la convertia en fuente perpétua de disolucion y de muerte. Que en medio de esas luchas tremendas y jamas interrumpidas en el mundo antiguo, se sentia una sed, una aspiracion constante á la unidad, cosa es que nos revela y comprueba cumplidamente la historia de esos pueblos y de esas edades; no otra cosa fueron los sueños de dominacion é imperio universal, que impulsaron los ejércitos de Xérges y de Ciro é hicieron abandonar la Grecia al gran Alejandro; pero en la marcha providencial de las edades áun no habia llegado el momento supremo, y los esfuerzos de esos pueblos y de esos grandes capitanes apénas si produjeron algun fruto apreciable para el historiador crítico y filósofo.

2. Acrecia miéntras sobre siete colinas en una comarca de Italia un pueblo apénas conocido, destinado por la voluntad suprema á grandes hechos y á ocupar una página de oro en el gran li-

bro de los tiempos. El pueblo romano, con razon sobrada llamado el pueblo-rey, con todos los vicios, con todos los defectos, con todos los elementos deletéreos de la antigua edad, tenía, sin embargo, condiciones especiales que lo distinguian profunda y esencialmente; su esencia vital es la fuerza, verdad; su ambicion sin límites le conduce á la dominacion del mundo, cierto; profunda lucha desgarra sus entrañas, empero tiene fe inmensa en su porvenir, un carácter de marcada expansion y un genio asimilador y absorbente, que habia faltado á todos los pueblos que ántes que él habian existido.

3. Merced á su carácter, á su genio, el pueblo romano se lanza por el camino de las conquistas, nacido en la guerra, vive en la guerra y muere por la guerra, pero al luchar, al conquistar, al pasear sus legiones triunfadoras por el mundo entónces conocido, no destruye, no da la muerte á los pueblos conquistados, muy al contrario, toma de ellos costumbres, hábitos, creencias, religion, y les da en cambio sus leyes, su derecho.

4. Tras largas y empeñadas guerras, España al fin sufre el yugo del vencedor, y una vez pacificada, se ve convertida en parte integrante del colosal imperio, en provincia romana. Provincia romana era, cuando los bárbaros del Norte derramándose por todo el imperio de los Césares la invadieron para asentar en ella la magnífica monarquía visigoda.

5. Las profundas diferencias que entre los pueblos invasores y el pueblo invadido existian, pueden sin gran dificultad apreciarse con sólo fijar la consideracion en lo que unos y otros eran: pero como es regla general jamas desmentida, que todo lo que trae un alto orígen se imponga á lo que le es inferior; como la inteligencia, por lo tanto, dominará siempre á la materia, al mismo tiempo que el mundo romano era conquistado por las hordas invasoras, éstas á su vez sufrian el dominio de aquella civilizacion más rica y más perfecta.

6. Tal vez ningun pueblo de los que Roma sometió á su yugo estaba en situacion más ventajosa para imponerse que el pueblo español, tal vez ninguna de las tribus invasoras en situacion más propicia que la de los visogodos para recibir el entónces benéfico influjo de la civilizacion que se perdia en el abismo insondable de las edades. En efecto, España, bajo la dominacion romana, habia alcanzado un grado envidiable de cultura; las ciencias todas, los

saberes todos de aquellos siglos se cultivaban en esta tierra predilecta y predestinada á grandes hechos, con profundidad y esmero; el cristianismo en toda su pureza predicado y sostenido por un clero lleno de ciencia y de virtudes, daba á nuestra patria el carácter más acentuado de transicion entre el mundo antiguo y el mundo moderno: por eso y por el carácter especial tambien del pueblo visogodo, muy pronto éste modificó sus hábitos, sus costumbres, sus creencias, formó sus leyes y su carácter en consonancia con la manera de ser del pueblo dominado, y véase por qué no puede comenzarse la historia del Derecho español, como no puede comenzarse tampoco la historia general de este país, por la era goda, sino por la romana que le sirvió de base y fundamento.

7. Veamos, pues, á grandes rasgos cuál era el estado político y social, cuál el régimen legal que dominaban en España al advenimiento de la gente goda.

8. Segun dejamos indicado, Roma, separándose de la manera de ser de los pueblos que la precedieron, si bien conquistó al mundo entónces conocido, no destruyó, sino que se asimiló, absorbió, por decirlo así, á los pueblos por ella dominados, y es que miéntras los pueblos todos de la edad antigua vivian sólo por la fuerza material y por ella se imponian, Roma vive tambien por el Derecho y se impone por el Derecho; así pues, apénas hace pasar por un pueblo sus legiones, en vez de destruir los hábitos, las costumbres, las leyes de ese pueblo, las toma, las estudia, las modifica, legislando á su vez para que las nuevas leyes vayan poco á poco preparando la fusion apetecida. Basta tener en cuenta el carácter y manera de ser de aquellos pueblos para comprender que entre el señor y el súbdito debia mediar un abismo, pero basta al propio tiempo tener en cuenta el carácter del pueblo romano para conocer que allí donde el Derecho tanto progresaba, y con tanto esmero era cultivado, ese abismo estaba llamado á desaparecer, como desapareció en efecto en tiempo de Caracalla, que por causas diversas extendió los derechos de ciudadanía romana á todos los pueblos del imperio.

9. Empero áun cuando parece que la decision de Caracalla nivelando á cuantos habian nacido bajo el romano imperio debió tambien someter á todos los pueblos á una ley comun, esto tardó más tiempo en realizarse, y es que en la política profunda de

Roma cada territorio, cada provincia, cada pueblo, estaba sometido á una ley especial, consiguiéndose de este modo, por una parte, que resentidos unos pueblos del favor y la preponderancia de los otros, jamas se confabulasen contra los dominadores, y por otra, que sabiendo que la fidelidad y la adhesion eran premiadas con nuevos derechos y nuevas y más favorables concesiones, se esforzasen en unirse á la metrópoli.

10. En la variedad inmensa con que la ciudad eterna trataba á los pueblos sometidos, no es fácil, especialmente en tiempo de la república ni á los principios del imperio, señalar la suerte que á cada uno cabia, y esta dificultad se toca sin duda alguna al tratarse de nuestra España. Esta consideracion por una parte, y por otra la de que para nuestro objeto sólo tiene importancia la época más próxima al advenimiento de la gente goda, hacen que, prescindiendo de un estudio muy útil al crítico y al historiador, cual sería el averiguar cómo se rigió España á raíz de su sumision á Roma, sólo nos ocupemos de lo que debió ser en los últimos tiempos.

11. Pocos datos particulares podemos aducir respecto á la forma especial de gobierno y de administracion que rigiese en la España romana, porque no han llegado hasta nosotros monumentos que nos lo enseñen; tendrémos, pues, que acudir á las noticias que acerca de estos particulares, y en general hablando, nos quedan aplicables á todo el imperio.

12. Cuando Roma llevó sus legiones victoriosas por todo el mundo antiguo y todo lo sometió á su poder, otorgó á cada uno de los pueblos conquistados diferentes derechos segun que se habian sometido por medio de un *tratado* ó por la *deditio* (1). Los *tratados* establecian relaciones de amistad y defensa mutua más ó ménos extensas segun que el pueblo sometido era más fuerte ó más débil (2). La *deditio* hacía perder su personalidad al pueblo sometido, que era tratado por Roma con la mayor dureza. De estas diferencias nacieron á la vez las de que unos pueblos disfrutasen el *Jus Latii*, derecho latino, y otros el *Jus Italicum*, derecho Itálico, así como la clasificacion de los pueblos en *provincias*, *co-*

(1) Livio, XXXIV-57, IV-30, VIII-2.—Elías, *Manual del Derecho romano*, Historia leccion V.

(2) 5. § 2. D. 49, 15.—Livio, XXIV-24, XXXVIII-38.—Polib., III-22, 24, 26.—César, *De bello Gal.*, I-3, IV-12.—Salus., Jugurth., 14.

*lonias*, *colonias militares*, *municipios* y *prefecturas*. El *Jus Latii* daba el *commertium*, el *connubium* y tal vez el *sufragium* (1). El *Jus Italicum* daba los dos primeros derechos, pero no el último (2).

13. Las *provincias*, aunque en pié de paz, solian estar ocupadas por las legiones romanas y gobernadas por magistrados que reunian el poder civil y militar, y que dictaban reglas por las que, prévia aprobacion del Senado, las regian. Conservaban su organizacion municipal, pero modificada, tenian algunos derechos, como el de batir moneda, conservaban sus ritos religiosos y las defendia Roma (3). El territorio del país se hacía propiedad de Roma, que lo daba en usufructo mediante un *cánon* (4). La reunion de los pueblos de una provincia se llamaba *Conventus*, y los ciudadanos romanos en ella residentes formaban con el pretor el *Consilium*, que juzgaba á los naturales del país.

14. Roma, imitando á los demas pueblos de la antigüedad, cuando conquistaba una comarca repartia parte de su territorio á *colonias* nacidas de su seno, que en constantes relaciones con la metrópoli, eran otros tantos elementos de unidad. Las *colonias*, pues, encerraban una poblacion dominadora y otra dominada; por punto general entre ambas no existia el *commertium* ni el *connubium*. Los colonos conservaban todos los derechos de la *ciudadanía romana*, y por lo tanto, el *sufragio* en los comicios, el *connubio*, el *comercio* y el *derecho á las magistraturas*. Eran gobernados por un *Senado* y por magistrados llamados *Duunviros*, tenian una era propia que arrancaba de la fundacion. Cuando eran *latinos* los enviados á fundarlas, sólo tenian el *Jus Latii* (5).

15. Tal era la existencia del mundo sometido á Roma ántes del establecimiento del imperio, que introdujo profundas variaciones, especialmente desde la constitucion de Caracalla (212 al 217), que extendió á todos los pueblos el derecho de ciudadanía,

---

(1) Livio, I-38, VII-31, IX-9, XXXVI-28, XLI-8.—Appian., *De rebus Hispan.*, 38, 41. *De bello civ.*, I-23.—César, *De bello Gal.*, II-28.

(2) Livio, XLI-8, XXXIV-7.—Niebuhr.—Appian., *De bello civ.*, I-23.

(3) Livio, XXXIII-34, XXV-40.—Appian., *De rebus Hispan.*, 38.—*De bello civ.*, XI-9.—César, *De bello civ.*—Cic., *Pro. Arch.*—*In Verr.*—*Catil.*

(4) Lex Thoria.—Gaj., II-27, 46.

(5) Appian., *De bello civ.*, II-140.—Dionis., II-53, V-43, 60, VI-32.—Livio, I-56, X-10.—Sicc. Flac., *De condit. agror.*—Gaj. Ins., II-27, 46.—Haubold, *Monum.*—Aul. Gel., XVI-13.

con objeto de interesarlos en la defensa comun. Con el mismo objeto y con el de dar más fuerza al poder, desde Diocleciano aparece el imperio de Occidente, único que por ahora nos interesa, dividido en dos PREFECTURAS, la de Italia y la de las Galias, y está en tres DIÓCESIS, la de España, la de las Galias y la de Bretaña. Cada diócesis se dividió en *provincias*, las PREFECTURAS eran gobernadas por un *prefecto del Pretorio*, las DIÓCESIS por un *Vicario*, las PROVINCIAS por un *Presidente* (1). Creóse tambien en esta época el *Defensor civitatis*, destinado á proteger á los ciudadanos de las concusiones de los gobernadores, y eran elegidos por los *Decuriones* y el pueblo. De los juicios conocia el *Presidente.*

16. Por lo demas, los *Conventos*, las *Curias* y los *Concilios* continuaron con las mismas atribuciones que tenian antiguamente, si bien la situacion de los curiales se hizo más penosa, á proporcion que más se empobrecian las provincias, tanto que fué necesario, por una parte aumentar sus privilegios, y por otra conminarlos con severas penas para que no abandonasen sus cargos (2).

17. La anarquía militar, la falta de una clase media en el imperio, y sobre todo, la enormidad de la contribucion territorial que pesaba sobre las provincias y que hizo que cada dia se abandonasen nuevas tierras, convirtiendo en eriales las tres cuartas partes de las del imperio; las causas fueron que ostensiblemente prepararon la dominacion de los pueblos del Norte y la muerte del coloso romano.

18. Dadas estas ligeras nociones de lo que eran las provincias romanas y de cómo se regian por punto general, fáltanos ahora entrar á ocuparnos de la parte más interesante para nuestro estudio, esto es, de cuáles eran las fuentes del Derecho provincial. Puede asegurarse que ninguna provincia conservaba un Derecho propio, sino que todas se regian por el Derecho comun de los

(1) *Curabant pro præfectis.*—Am. Marc., XXIII-1.—XXVII-8-e-t.—C. J. de *proxim* (12, 19).—C., 1, 2, 7.—C. J. de *assess.* (1-51).—C. 1.—C. Th. de ***assess.***—(1-35).—C. J. (1. 51).—C. 1.—C. J. *ut. omn. judic.* (1-49)—c. 3. 8, C. J. de ***assess.*** (1-51).

(2) Gothofr. paratit. ad. C. Th., XII-1—C. 8.—C. Th., *De donat.* (8-12) c. 30. C. J., *De Donat.* (8-54).—Gothofr. paratit. ad. C. Th. XII.—Gajus. I-6-fr. 7. § fr. 8 y 9.—F. 4. § 6.—F. 5. 6. pr. § 1.—F. 12, 13, 15 D. (1-16). Fronto. *Epis. ad Marcum.*

romanos, si bien, como hemos indicado, con modificaciones que el interes del pueblo romano y su manera especial de gobernar introducia (1).

19. Circunscribiéndonos á España en la época que examinamos, podemos decir que las fuentes del Derecho, las leyes generales por que se regía, eran los códigos Hermogeniano, Gregoriano y Teodosiano, las novelas y los escritos de los juriconsultos, á que habia dado fuerza legal Valentiniano III, y las especiales la *Lex provinciale* y el *Ædictum provinciale.*

20. Nada debemos decir respecto á las fuentes generales del Derecho, pues no es éste lugar ni ocasion para estudiarlas, no eran de aplicacion particular para España, y en el Derecho romano y en su historia es en donde debe estudiarlas el que quiera conocerlas con extension. De lo que sí debemos ocuparnos, siquiera sea someramente, es de la *Lex provinciale* y del *Provinciale ædictum.*

21. LEX PROVINCIALE: por más que el Derecho comun para las provincias fuera, como hemos dicho, el romano, en tanto cuanto cada provincia tenía diversa consideracion y diversos derechos, se daban leyes especiales que los definiesen y regulasen, y éstas eran las leyes provinciales, es seguro que cada provincia tenía la suya, en que se le concedian los derechos que habia de gozar.

22. Conocida es, por haberse descubierto recientemente la ley de la Galia Cisalpina, y sabemos que por ella se concedia á esta provincia el Derecho de ciudadanía y sufragio (2). Ignórase si esta ley sería exclusiva para la Galia, ó nuestra España estaria regida por una semejante, toda vez que desconocemos por completo la que para este país se diera.

23. Por estas leyes se concedian á los pueblos los Derechos de testamentifaccion, connubio, comercio, la ciudadanía y el Derecho de sufragio, segun la voluntad de Roma.

24. PROVINCIALE ÆDICTUM: de la misma manera que en Roma los pretores y los ediles curules al entrar en el ejercicio de sus funciones publicaban un edicto que contenia las reglas á que habian de sujetarse, ya en la administracion de justicia los prime-

---

(1) Spanhen, *Orb. Rom.*, II-7.

(2) Cic., *Ad Att.*, I-1.—Dio. Cass., XXXXII-9.

ros, ya en la de las cosas sometidas á su cuidado los segundos, los magistrados encargados de gobernar las provincias acostumbraban, ántes de salir de Roma y con el consejo y direccion de jurisconsultos experimentados, formar un edicto, que promulgaban al llegar á la provincia de su mando, y que abrazaba por punto general el Derecho administrativo, el privado (1) y los procedimientos ó manera de enjuiciar. Sabido es que el Edicto del pretor en Roma fué el elemento más poderoso y más importante para que el primitivo Derecho romano, perdiendo su rudeza, se fuese de dia en dia acercando más y más al Derecho natural; pues bien, de la misma manera debe creerse que el Edicto provincial produjo ventajosas modificaciones en el Derecho provincial, y que á él se debió en muchas provincias el que mejorase notablemente la condicion de los súbditos romanos.

25. Ignórase si de la misma manera que se formó el Edicto perpétuo por Salvio Juliano en tiempo de Adriano se formaria tambien un Edicto perpétuo para las provincias; algunos autores opinan en sentido afirmativo, miéntras otros creen que esto no era posible, toda vez que miéntras el Derecho romano, al que modificaba el Edicto pretorio, se aplicaba generalmente á todos los ciudadanos, y por lo tanto, el Edicto perpétuo era tambien general, los edictos provinciales se referian á un Derecho que variaba de provincia á provincia, y es casi seguro que para cada una debia haber un edicto provincial distinto.

26. El *edicto provincial* que se aplicára á España nos es enteramente desconocido, pues de él, así como de la ley provincial, no ha llegado á nosotros monumentos ni fragmento alguno.

27. Las ciudades, los municipios, las colonias, parece que tambien tenian sus leyes especiales, como lo comprueban las tablas Malacitanas halladas en Málaga en 1851, que contienen la ley municipal de aquella ciudad y de algunas otras del mismo territorio, así como el edicto provincial contiene disposiciones administrativas y de Derecho privado de no escasa importancia.

28. Dividíanse los pueblos á Roma sometidos en colonias, municipios, conventos, prefecturas; unos gozaban el Derecho latino, otros el itálico, otros el pleno Derecho de la ciudad.

29. Hemos visto las dificultades con que se lucha para poder

---

(1) Cic., *Ad famil.*, III-8.—Gaj., I-6.—Cic., *Ad Att.*, VI-1.

fijar la situacion política y la condicion jurídica de la España romana; que de las tres fuentes de Derecho que hemos dicho existian al tiempo de la irrupcion de los bárbaros, dos nos son desconocidas, la *lex provinciale* y el *provinciale ædictum.* ¿Por qué, á pesar de la oscuridad que nos rodea en esta época, hemos dado á su estudio tanta importancia? Ya lo hemos indicado en el trascurso de esta leccion, porque el Derecho romano fué la fuente principal donde bebieron los compiladores de todos nuestros códigos, porque áun el mismo código visogodo, el *Fuero-Juzgo*, por más que pueda y deba considerarse como la legislacion indígena, como el trasunto de los hábitos y manera de ser de la raza goda, no está exento de muchas leyes que son copia, ó reflejo por lo ménos, del Derecho romano, y esta importancia acrece más aún tratándose del *Derecho civil*, ya porque fué el que más se perfeccionó en Roma, ya porque es el que más tomó de aquél en nuestra patria.

---

# LECCION V.

**Historia del Derecho.—Primera Edad.—Segunda Época.—España Goda.—Primer periodo, hasta Chindasvinto.**

---

## CAPÍTULO PRIMERO.

### SUMARIO.

1 al 5. Estado del imperio en el siglo V y causas de la invasion de los bárbaros. —6 al 13. Orígen de los pueblos invasores, su conducta con los vencidos.—14 al 19. Orígen del pueblo godo, opiniones, estudio crítico.—20 al 33. Condiciones especiales del pueblo godo.—34 al 38. Diferencias entre la civilizacion romana y la goda.—39 al 41. Influencia del cristianismo en la civilizacion visigoda y en la legislacion de España.—42. Originan la legislacion personal ó de castas.—43. Tendencia á la unidad legal.—44. Dos períodos en la historia del Derecho visigodo.—1.º, de variedad.—2.º, de unidad.

1. Primera edad: 2.ª Época. España goda. En la leccion precedente hemos visto cuál era el estado de España bajo la dominacion de Roma, cuáles las leyes á que estaba sometida, cuáles, en fin, las fuentes del Derecho; pero al mismo tiempo, aunque muy rápidamente, hemos podido tambien apreciar cuál era el estado de descomposicion religiosa, política y social en que el coloso romano se encontraba. Aquel pueblo que un dia sojuzgára al mundo con la fuerza de las armas, con el poder de la inteligencia, con el lazo del Derecho; aquel pueblo cuya fe profunda, sosteniéndole siempre, no le permite desmayar ni en las mayores catástrofes, habia cumplido su mision providencial, y herido en el corazon, tocaba los umbrales del sepulcro donde debia hundirse para siempre, como aconteció á todos los grandes pueblos de la Edad antigua, y era que, eminentemente material, viviendo por la fuerza, imponiéndose por la fuerza, aunque más espiritualizado que los pueblos que le precedieran, habia podido realizar la unidad material del mundo antiguo; pero no sufrir la clarísima

luz que, emanada del cristianismo, habia de regenerarlo y dar orígen á la edad moderna.

2. Roma, como hemos dicho, habia vivido por la fuerza y debia morir por la fuerza. Los fortísimos lazos que habian hecho del pueblo-rey una nacion grande y poderosa, se habian aflojado y roto. Aquel orgullo severo é indomable del ciudadano romano, aquel patriotismo enérgico, aquella fe inquebrantable habian desaparecido; el lujo más desenfrenado, la más despreciable molicie, el descreimiento más absurdo, los habian sustituido, y es imposible que los pueblos puedan vivir con semejantes condiciones; así, pues, los bárbaros que un dia mandados por Brenus llamaron á las puertas de Roma con la tremenda frase VE VICTIS, y á quien Camilo contestó: CON HIERRO Y NO CON ORO SE SALVA ROMA, de nuevo llegaron á sus murallas, y á la vista de la terrible horda, los envilecidos romanos no tuvieron otro medio de contrarestar el aluvion que oponer bárbaros á bárbaros, invasores á invasores.

3. Sin embargo, el coloso quiso aún luchar, creyó encontrar en las provincias el valor que le faltaba, la fe de que carecia; pero las provincias, florecientes un dia, aunque sometidas al yugo romano, habian sido por mucho tiempo víctimas del descreimiento, de la depredacion, de las concusiones, y empobrecidas, desmoralizadas, yacian en la mayor indiferencia y seguras de que todo lo más que podia acontecerles era variar de amo; no responden al llamamiento y esperan tranquilamente que el coloso se hunda en el polvo de los tiempos.

4. No habia de ser España una excepcion á la regla general; como hemos dicho en otra leccion, habia alcanzado un alto grado de perfeccion en las ciencias, en las artes, se habia elevado al nivel de la metrópoli; pero ya en los últimos tiempos del imperio se hallaba empobrecida y saqueada, y los lazos de la antigua fidelidad se habian debilitado inmensamente.

5. Hallábase en ese estado cuando las tribus germánicas, oriundas de las regiones del Norte, invaden el imperio, y por más que la dominacion de los vándalos y silingos fuera transitoria, no por eso dejó de ser sangrienta y dolorosa. Los suevos fundan una monarquía en Galicia, al propio tiempo que los alanos se establecieron en una parte de la Extremadura y de la Lusitania.

6. Los godos, que habian permanecido algun tiempo en la Tran-

silvania, atravesaron el Danubio y pusieron en gravísimo aprieto al imperio de Oriente. En tiempo de Teodosio no sólo viven en paz con el imperio, sino que como aliados suyos le defienden, por más que algun tiempo despues pasen con Alarico á Italia y entren á saco la metrópoli del mundo. Ataulfo, en fin, exige de Honorio tierras en que establecerse, y el Emperador le da á España y parte de las Galias, al par que la mano de su hermana Gala Placidia, como prenda de amistad y concordia.

7. España sufrió desde 408 ó 409 en que los vándalos, alanos y suevos entraron en ella, hasta que Ataulfo en 414 asentó su trono en Barcelona, todos los horrores de una no interrumpida guerra, pero quizás no todos los de una invasion de la barbarie.

8. Los autores se dividen en opiniones acerca del orígen de los primeros invasores, alanos, vándalos, suevos y silingos, aunque siguiendo á Tácito (1) muchos los hacen germanos.

9. No hay conformidad de opiniones tampoco acerca de las causas que decidieron la invasion; unos creen que vinieron huyendo de Alarico y de los godos; otros que los vándalos especialmente, por virtud de un pacto con Honorio (2) que les permitia instalarse en España, pero respetando á sus habitantes y sin derecho á prescribir el imperio que se les concedia.

10. Tampoco hay gran conformidad en apreciar la conducta que los invasores observaron respecto al pueblo invadido: píntanla por punto general los autores como bárbara, cruel y sangrienta; depredadores del mundo romano se les llama, y hasta la frase vulgar «es un vándalo», tan usada en nuestra patria, así parece indicarlo; hasta ahora la historia de aquellos tiempos remotos se ha venido estudiando con poca crítica filosófica, y siguiendo servilmente la tradicion romana que necesariamente habia de ser adversa á los que derrocaron y dominaron, haciéndolo jirones, el envejecido imperio de los Césares; pero hoy en este punto, como en otros muchos de los que se refieren á los antiguos tiempos, la ciencia va rectificando, y comienza á notarse una reaccion que ha de contribuir á que muchos hechos se aclaren y se fijen.

11. En efecto, contra el exceso de barbarie, durante muchos

(1) De Mor. Ger.
(2) BURGENSE, Crón. Hisp.

siglos aceptado sin contradiccion como signo característico de los pueblos invasores del romano, se da hoy, no sólo la autoridad de escritores respetables de aquella época, sino lo que la crítica racional enseña.

12. Asegura un autor digno de alta estima (1) que muchos *romanos* preferian la pobre libertad en que los tenian los bárbaros á la *rica esclavitud* que sobre ellos hacía pesar Roma, lo cual no sucediera si tan grandes hubieran sido los excesos de los invasores.

13. Por otra parte, no se comprende racionalmente cómo en España, puesto que de ella nos ocupamos, si tan feroz hubiese sido la dominacion de los bárbaros, predecesores de los godos y áun la de éstos seis años despues de la primera invasion, Ataulfo hubiese hallado el país en próspero y buen estado y pudiera fundar en pocos años un imperio tan floreciente, ilustrado y grande como lo fué la España goda.

14. Sin pasar de estas breves indicaciones, porque no nos permite otra cosa la índole de este trabajo, y prescindiendo de los primeros invasores cuyas huellas apénas son ya perceptibles para nosotros, vengamos á fijar nuestra atencion en el pueblo godo, progenitor de nuestra nacionalidad y orígen de nuestra civilizacion propia y genuina.

15. Los críticos é historiadores, y áun los jurisconsultos, al ocuparse del pueblo GODO suscitan cuatro cuestiones capitales como preliminar iniciacion de la historia de su dominacion en España. Estas cuestiones son:

1.ª Orígen del pueblo godo.

2.ª Comarcas de donde venian.

3.ª Grado de civilizacion que ostentaban.

4.ª Razon de su venida á España.

Con la mayor posible concision vamos á examinar estas cuatro cuestiones de crítica filosófica, y no nos atrevemos á prescindir de ellas, porque quizas nos sirvan más adelante de punto de partida para muy importantes deducciones.

16. 1.ª *Orígen del pueblo godo.* Partiendo de estudios filológicos y de la opinion de respetabilísimos autores (2), hoy se cree

(1) PAULO OROSIO, lib. VII, cap. 28.

(2) Sparciano, *Vida de Ant. Carac. y Anton. Geta.*—Claudiano, *De bello getico.*—Sedonio Apolinar, Paulo Orosio, lib. I, c. 6.—San Isidoro, *Origen.*—Strabon, Plinio, Tolomeo, Trebelio Polion, Gibbon.

que los godos, ántes llamados *getas*, eran de orígen *scita*, esto es, de una de las cuatro razas originarias.

17. 2.ª *Comarcas de donde venian.* Muchos escritores españoles (1) han sostenido que los godos venian del Asia, miéntras otros nacionales y extranjeros, siguiendo la autoridad de Jornandes, los hacen venir de Scandinavia.

18. Justino (2), San Epifanio (3) y el cronicon Paschale (4) sostienen y corroboran la primera opinion y colocan á los *scitas, getas* ó *godos* primitivos en las regiones comprendidas entre el golfo pérsico y las comarcas de Astrabad, Herat, el Afganistan y el Beluchistan, desde donde pasaron al Ponto-Euxino, y por fin fijaron su residencia en las comarcas que se extienden entre el Volga, el Danubio y el Boristenes. Los que se establecieron entre el Boristenes y el Volga se llamaron ostrogodos, y wisigodos los que vivian en el territorio que cierra el Boristenes y el Danubio.

19. Hemos indicado las opiniones distintas que acerca de los orígenes de los pueblos que invadieron al romano han dividido al mundo científico : sea de ello lo que quiera, que si bien la cuestion, bajo el punto de vista de la crítica histórica, es muy importante, no lo es mucho bajo el de la ciencia del Derecho, puesto que sus costumbres, sus hábitos y sus instituciones se modificaron sin duda alguna ántes de formar monarquía independiente y presentarse á nuestra consideracion como legisladores; nosotros indicarémos solamente lo que se refiere á las costumbres é instituciones que de ellos nos ha trasmitido su legislacion en lo que difiere de la romana, y las noticias que nos han dado algunos escritores. Entre los godos y los germanos hay semejanzas que probarán tal vez identidad de orígen, ó demostrarán al ménos que, aunque unos y otros lo tuvieran diferente, se rozaron durante un lapso de tiempo muy suficiente para que ambos perdiesen sus carácteres esencialmente distintivos y tomasen un carácter general en todo.

20. 3.ª *Grado de civilizacion que ostentaban.* Las dos cuestiones anteriores puede decirse que si bien muy importantes hoy bajo el punto de vista de la erudicion y de la crítica histórica, no lo son

(1) Ulloa, Mondéjar, Gonzalez de Barcia, Pellicer y Fernandez de Enciso.
(2) *Historia*, lib. I.
(3) *Sobre los herejías*, lib. I, t. I.
(4) Edicion de París de 1688, p. 28.

para fijar de una manera cierta y segura el carácter de los pueblos invasores ni la influencia que tuvieron en el mundo moderno, comparados con lo que ahora va á ocuparnos; por lo cual, si hemos tratado de aquéllas sin detenernos ni hacer otra cosa que indicar las opiniones diversas sobre cada punto sostenidas, nos fijarémos en ésta con alguna más extension.

21. El nombre de *barbarus* con que el pueblo romano, y despues de él todas las naciones modernas han distinguido á los pueblos invasores, ¿estaba aplicado con justicia? ¿Debe entenderse la palabra *bárbaro* en la acepcion en que hoy se la toma?

22. Fácilmente se comprenden las causas que debieron influir para que los pueblos que hácia el siglo V se dividieron el imperio fueran tratados duramente y con desprecio por la mayor parte de los vencidos, aliados y señores momentos ántes, y porqué la calificacion romana se ha seguido sin exámen y ciegamente por la mayor parte de los autores que despues vinieron y que olvidan de cuánto es deudor á los *bárbaros* el mundo moderno.

23. El exámen que de los pueblos invasores, pero muy especialmente de los godos, nos proponemos hacer, demostrará que distaban mucho de la barbarie salvaje y primitiva del primer período de la segunda edad humanitaria; por otra parte, áun la palabra *barbarus* tenía en el tecnicismo romano una acepcion, un carácter y una fuerza muy distintos de los que hoy se les ha dado: para la altiva señora del antiguo mundo es sabido que no habia más hombres que el ciudadano; todo el que no era *cives romanus*, ó estaba en guerra con Roma, ó sometido á su poder y á su dominacion, ó fuera de toda relacion. Si lo primero, se le llama *hostes*, enemigo; contra él se desataba todo el furor, todo el poder, la fuerza toda del romano; se le combatia sin tregua y sin descanso hasta que, vencido, aniquilado, dominado siempre, se convertia en *esclavo* ó en parte integrante del pueblo vencedor, en las formas diversas que hemos indicado. Si el pueblo dominado conservaba de cierta manera su libertad, ó si se trataba de pueblos que no estaban en relaciones directas de Derecho con Roma, ésta los distinguia con el nombre *bárbaros*, fuese cual fuese su estado de civilizacion: no era, por lo tanto, la palabra *bárbaro* sinónimo de salvaje, cual la hacemos hoy, sino de hombres ó de pueblos ajenos, separados, sin relacion de dependencia ni de Derecho con Roma, distintos en costumbres, hábitos y civilizacion.

24. Ahora bien, y sentados estos preliminares respecto á la acepcion de la palabra *barbarus*, veamos hasta qué punto debe aplicarse á los godos; está fuera de toda duda que se hallaban perfectamente dentro de la calificacion romana, completamente distintos en civilizacion, en usos, en costumbres, en creencias, en su manera de ser esencial y formal; alejados del pueblo romano, aunque aliados con él, en la imposibilidad de doblegarse, de fundirse ambos pueblos, porque eran antitéticos y porque la mision, el destino del uno se habia cumplido y terminado, miéntras la de los otros no habia comenzado aún, debieron ser primero *hostes* y despues *barbarus*, no por razon de lo que fueran en sí, sino de sus relaciones con los romanos.

25. Por lo demas, ya hemos indicado, hablando de los suevos y vándalos, que distó mucho su dominacion, segun afirma Paulo Orosio, de ser tan terrible como la han querido pintar, y téngase muy en cuenta que de todos los pueblos invasores eran los godos los más civilizados y de más brillantes dotes y condiciones físicas, morales y de inteligencia.

26. A juzgar por lo que nos dicen multitud de respetabilísimas autoridades contemporáneas á la irrupcion, ningun pueblo registra la historia de aquella época, más humano, más hospitalario ni más generoso. La pureza de sus costumbres, la severidad de sus virtudes, la rectitud de su juicio, su carácter individualista é independiente y su exquisita moralidad forman la más notable antítesis con los vicios, con la degradacion, con el escepticismo, con la inmoralidad y egoismo del mundo romano del bajo imperio, si aquél, durante la república y los primeros tiempos del imperio, áun á sus vicios habia impreso el sello de colosal grandeza que sabía dar, y que le permitió realizar la providencial é importantísima mision de dar al mundo antiguo la unidad, material sí, pero necesaria, para que venidos los tiempos el pensamiento sacrosanto del Eterno se cumpliese y la sublime obra de redencion se realizase; al advenimiento de los bárbaros, perdida su virilidad y su grandeza, dominado sólo por la abyeccion y por los vicios, perdida la fe, era impotente para el bien y habia muerto para el porvenir; por eso el pueblo romano, que habia vivido asimilándose, absorbiendo á todos los pueblos, no tan sólo no puede absorber ni asimilar á los pueblos bárbaros, á pesar de haberlos hecho sus aliados, sino que, áun lanzándolos unos con-

tra otros, no puede destruirlos, sino que, por el contrario, es destruido por ellos.

27. Pues bien, las cualidades que hemos dicho distinguian y caracterizaban á los godos, no pueden tomarse como signo de barbarie; y que existian esas cualidades demuéstranlo cumplidamente los hechos.

28. La toma y saco de Roma por Alarico, presentada generalmente como el bello ideal de la barbarie, de la crueldad y los horrores, distó mucho de ser lo que se dice, si hemos de dar crédito á escritores próximos á aquella época; por el contrario, dicen (1) que los godos salvaron á tantos senadores, que causó asombro el que muriesen algunos en sus manos: respetaron con tal humanidad la vida de los vencidos, que á pesar de ser, como arrianos, enemigos religiosos de los católicos, ni hirieron ni molestaron á los que se habian acogido á los templos y basílicas, ni los redujeron á la esclavitud, y aunque ávidos del pillaje (2), se abstuvieron de derramar inútilmente la sangre del vencido, por lo que llama á Alarico «el más dulce de los reyes», citando al propio tiempo, como pruebas de la excelencia del pueblo godo, las palabras de Teodorico á su secretario: «Favorece la justicia; defiende la inocencia con valor; en medio de los crímenes de otras naciones, haz que brille la justicia de los godos.» Como modelos los presenta á los gobernadores, diciendo que su valor en las batallas sólo puede compararse á su dulzura en la vida doméstica; en el mismo libro, y ocupándose de Teodorico, dice: «Miéntras se apoderan del botin y despojos de las ciudades conquistadas los guerreros de otros monarcas, el deseo de los godos es imprimir un carácter tal á sus conquistas, que sus súbditos sólo sientan haberlo sido tan tarde, pues la gloria de los godos consiste en respetar las leyes y la humanidad»; es más aún: la raza goda nos presenta quizás el primer ejemplo de decidida proteccion al *emigrado extranjero* (3), pues habiendo exigido el emperador Justiniano de los gepidos, godos tambien, que entregasen á un príncipe lombardo que se habia acogido allí, el Consejo, con el Rey, de-

(1) San Agustin, *De civitate Dei*, lib. III, c. 29; lib. I, c. 2 y 4.

(2) Paulo Orosio, lib. VII.—Lib. III, c. 23, *Teodoricus Rex, comité Colosseo.—Epist. ad provinc. ut obed. rect.* 24, ep. 43; *Teodor. rex, Usigis Spathario.*—Lib. VIII, epit. 14.

(3) Procopio, lib. III, c. 35.—Lib. IV, c. 27.

cidió que ántes consentiria la nacion en perecer que cometer sacrilegio semejante. Desde muy antiguo los getas (1) creian en la inmortalidad del alma, y su arrojo peregrino, y su valor temerario, y el desprecio de la muerte que los caracterizaba se atribuye precisamente (2) á que creian en la trasmigracion, ó en que las almas iban á mejores sitios que la tierra.

29. Su idioma, ya en tiempo de Ovidio (3), era perfecto y acabado y muy semejante al griego. Finalmente, este cuadro puede completarse con la descripcion que Tácito nos hace de las costumbres de los germanos, que, como hemos dicho, tantos puntos de contacto tienen con las góticas; segun ella, y comparándola con lo que de los godos nos revelan las noticias y las leyes que han llegado hasta nosotros, y que aunque muy posteriores á su entrada en España, porque es cosa demostrada (4) que los godos no trajeron legislacion escrita, áun nos revelan gran parte de sus costumbres y usos antiguos, podrémos decir que las mujeres, modelos de castidad, de virtudes y de severa moralidad en la vida doméstica, de amor á sus hijos y á sus padres, acompañan á los maridos y á los hijos á la guerra; los maridos las dotan; se casan con una sola mujer; la mayoría de edad es á los quince años; los hombres son sobrios y severos en sus costumbres; su ocupacion es la guerra ó la caza; respetan la propiedad de una manera notable y tienen cierta mancomunidad en el trabajo; su jefe es electivo y se saca de entre la nobleza por el valor y las virtudes; la nacion reunida conoce de los asuntos graves; los jefes, de los ménos importantes, concurren armados á las asambleas y aplauden blandiendo las armas; en las asambleas se presentan y deciden las acusaciones criminales; los traidores y tránsfugas son ahorcados de un árbol, y la mujer adúltera, desnuda y con el cabello cortado, es azotada con varas.

30. Basta esta ligera reseña, no sólo para que sin grave peligro podamos aceptar como germánica la civilizacion de la raza goda, y conocerla y poderla apreciar con bastante extension y certeza, sino para que podamos señalar en adelante otro punto mucho más importante para nosotros, á saber: la influencia que su ci-

(1) Herodoto, lib. IV.
(2) Vivo Valentino, comm., *Civit. Dei.*
(3) De Ponto, lib. III, Eleg. V.
(4) San Isidoro, *Cron. Got.*—Sic., lib. VI.—Burgense, *Cron. Hisp.*

vilizacion y sus costumbres ejercieron en nuestra España, y la que, á pesar de extrañas ingerencias, que tambien apreciarémos, ejerce aún.

31. 4.ª *Razon de su venida á España.* Como era natural, dadas las condiciones y manera de ser opuestas de los bárbaros y de los romanos, la alianza que entre ellos existiera debia romperse á cada paso, y segun que los unos ó los otros se creyesen más fuertes. Así sucedió, en efecto, más de una vez con los godos, que en uno de esos momentos, por los años 400 á 403, con su rey Alarico á la cabeza, se lanzaron sobre Italia, sitiaron en Rávena al emperador Honorio y le obligaron, de acuerdo con el Senado, á capitular, mediante la donacion hecha al rey godo de cuanto pudiera conquistar en España: parece que esta donacion fué aprobada por el sagrado oráculo, que es de creer fuese el romano pontífice San Inocencio, que entónces ocupaba el sólio del pescador (1). En virtud de esta cesion, Alarico y sus godos se dirigen á las Galias y á España, dejando libre la Italia para ocuparlas como dueños absolutos por derecho de cesion y de conquista: tal es la opinion de los que siguen á Jornandes, godo de nacion y obispo de Rávena, donde, á lo que parece, se celebró el pacto, poco más de un siglo despues de haber tenido éste lugar.

32. Esta opinion parece corroborada con el matrimonio que poco despues celebra Ataulfo con Gala Placidia, hermana de Honorio, y que parece vino á dar fuerza y valor al pacto primitivo.

33. Sea lo que sea de esta cuestion, que se suscita más que otra cosa con el objeto de legitimar la posesion y dominio de la gente goda sobre el territorio español, ello es lo cierto que éste hacía tiempo que habia dejado realmente de ser romano, que la donacion de Honorio era ilusoria para los godos, porque sólo significaba lo que sin donacion habia de suceder, esto es, que si conquistaban de los bárbaros, vándalos, suevos, alanos, etc., las Galias y la España serian suyas, y es claro que sucediendo esto, como sucedió, y dada la debilidad del imperio, con donacion ó sin ella el país conquistado habia de ser de los conquistadores.

34. No era posible, dadas las condiciones de éstos, que derramasen su sangre para devolver á Roma, á quien de seguro despreciaban, las provincias conquistadas; ni que éstas, que habian

---

(1) Jornandes, c. XXX, c. XLVII.—Burgense, *Cron. Hisp.*

sufrido el abandono de la metrópoli en los momentos de peligro, quisieran caer de nuevo bajo su tan pesado como inútil yugo; condenadas á la servidumbre, parece natural que prefiriesen la de un pueblo noble, generoso, valiente y decidido, que en un momento dado podia defenderlas, que la de uno decrépito, cruel y cobarde, que en los peligros las abandonaba.

35. Y véase cómo es posible, probable, casi seguro, que los pueblos invadidos por la bizarra gente goda la recibiesen, si no con entusiasmo, con complacencia al ménos, y facilitasen el afianzamiento de su dominacion.

36. Pero hé aquí tambien que en pos de esta invasion viene un fenómeno enteramente nuevo y desconocido por completo del mundo antiguo, fenómeno precursor de otros muchos especiales y peregrinos que se iban presentando á nuestra vista, y que irémos estudiando á proporcion que se nos presenten; hasta el momento histórico que nos ocupa, los pueblos conquistadores habian absorvido, dominado, impuesto sus leyes, sus costumbres, sus creencias, sus voluntades á los vencidos: cuando, como en Asia, no los habian arrancado en dolorosa emigracion de su patria para hacerlos esclavos ó prisioneros en lejanas tierras, los habian anulado como hacía Roma y convertido en elementos integrantes de vida y de riqueza para la metrópoli; los pueblos invasores, los pueblos bárbaros que no tienen patria, que han abandonado la tierra que les dió orígen para buscar en otras muy lejanas hogar y patria nueva, no arrancan al vencido de la suya como sus progenitores los grandes conquistadores asiáticos, ni siquiera los absorben como los romanos, destruyendo su personalidad; muy al contrario, aceptan y respetan esa personalidad, le dan nueva fuerza y vigor desconocido y crean las nuevas nacionalidades.

37. ¡Cuán grandes y admirables son los designios del Hacedor Supremo! ¡De qué manera tan peregrina se manifiestan en la historia! ¡Con qué sublime precision se realizan en el tiempo y en el espacio! El cristianismo era el triunfo divino y sacrosanto del espíritu sobre la materia de la espontaneidad que produce la lucha de los dos elementos; de la libertad que permite el perfeccionamiento, del individualismo que crea la personalidad y hace al hombre hombre, esto es, libre é independiente, todo esto era imposible en Roma, é imposible era por lo tanto allí el triunfo del cristianismo, y por eso todo cambia en un momento dado, todo se

modifica, y frente al imperio universal, el bello ideal de los conquistadores asiáticos, realizado por Roma, surge la idea nueva, grande, civilizadora, cristiana, la idea de las nacionalidades.

38. Allá, todo lo era la ciudad, el pueblo, el ente colectivo sociedad; por eso la existencia, los deberes, los derechos, dependian exclusivamente de la ciudad en que se nacia, de la manifestacion social y puramente ficticia que se le daba ante el poder enérgico y absorbente del Estado; por eso la personalidad habia desaparecido por completo, esto es, la materia representada por la fuerza, por el poder social, como fuerza, no como razon, se sobrepone al espíritu. ¡Cuán distinto entre la gente goda! El hombre, segun hemos visto en este título, se ostenta como tal hombre, como personalidad distinta, como individualidad enérgica que rompe de una manera decisiva, aunque ruda tal vez, todo lazo, toda traba que se oponga á su independencia; por eso miéntras en la familia romana no hay más hombre que el padre y todos los demas son cosas, esclavos con relacion al padre, en la familia gótica el hombre á los quince años es mayor de edad y tiene personalidad propia, y puede por sí y para sí proceder y obrar; por eso la mujer, instrumento sólo del placer y de la depravacion romana, sin existencia, sin representacion, sin personalidad jurídica, en una palabra, hija, pupila ó esposa, pero jamas persona, entre los godos es casi igual al hombre, y el sistema dotal distinto; por eso miéntras en Roma sólo habia libertad para el siempre escaso número de los señores del mundo, en el pueblo godo la libertad existe para todos; por eso miéntras Roma y los antiguos pueblos al conquistar, al imponerse por la fuerza, ó destruyen á los pueblos conquistados, como sucedió con los imperios del Asia, ó les arrancan sus hábitos, sus costumbres, su religion, su nombre, su personalidad, su individualidad civil y colectiva para hacerles tomar la religion, los hábitos, las costumbres del pueblo dominador, como sucede con la altiva señora del mundo, los godos dominan respetando leyes, usos, religion, hábitos de los pueblos invadidos; y véase por qué deciamos que miéntras el coloso romano, impotente para hacer triunfar los santos y civilizadores principios cristianos, que sólo habia podido aceptar en la forma y no en la esencia, á pesar de practicarlos durante cinco siglos, se hundia en el polvo del pasado, no obstante sus esfuerzos y rica civilizacion, los bárbaros venian á extender y cimentar esa

religion grande y santa, cuyo inmenso poder sólo se habia vislumbrado.

39. Sí, la invasion de los bárbaros, trayendo nueva sangre al debilitado y moribundo imperio, puede considerarse como uno de los elementos regeneradores del mundo antiguo; pero nada hubiera sido por sí sola si no hubiera hallado otro elemento más grande, más fuerte, más enérgico, más poderoso, de más alto, de más santo y espiritual orígen. Cinco siglos hacía, como hemos dicho, que el mundo romano oyó, casi sin comprenderla, la palabra sagrada, que saliendo de los labios del REDENTOR, habia de trastornar el mundo en sus cimientos; débiles adalides la predicaron, pero su grandeza, su santidad, le abrió paso, y el mundo se hizo cristiano, á pesar de los esfuerzos de la idolatría, de las persecuciones, del poder de la guerra sin tregua que le declararon la materia, el egoismo y la fuerza.

40. Con el cristianismo nace la verdadera personalidad, toda vez que, segun su dogma santo, el hombre es hermano del hombre é imágen y semejanza de Dios, cuando, segun la doctrina politeista, los dioses más perfectos se asemejaban al hombre; la verdadera libertad, puesto que sólo siendo libre puede responder de sus actos; el cristianismo eleva á la mujer, haciendo que de una mujer nazca el Redentor del mundo, y mata la esclavitud, dando nombre al esclavo y haciéndolo ante Dios igual á su señor; el cristianismo decide, en fin, el triunfo del espíritu sobre la materia, realizando así el pensamiento divino; empero el cristianismo no podia obtener un completo triunfo miéntras no desapareciesen por completo los pueblos, las civilizaciones que sólo vivian vida material, y en los que el predominio de la materia era tal, que anonadaba y destruia á todas las manifestaciones del espíritu. Roma habia realizado la unidad material, única que podia existir en el mundo antiguo; tal habia sido la mision providencial que en el proceso de los tiempos se le asignára por el Eterno, porque sin ese cuidado, el triunfo de las grandes ideas, de la verdad, del bien, de la justicia, era más difícil; pero sólo al individualismo de los pueblos invasores y al cristianismo estaba reservado realizar la unidad armónica y final, y para ello nace el mundo moderno.

41. Aunque durante cinco siglos se habia venido preparando dia por dia, momento por momento, el hecho trascendental que nos ocupa, no se verifican los grandes cambios, ni los grandes é in-

tegrales progresos de la humanidad sin grandes sacudimientos, y es indudable que la caida del coloso romano, haciendo retemblar al mundo en sus cimientos, llevando por todas partes la conflagracion, dió aparente y transitoriamente el triunfo á la materia, representada por la fuerza sobre la ciencia y el derecho del mundo antiguo representado por Roma ; pero en realidad, lo que se produjo fué el triunfo de la libertad moral sobre la espontaneidad ciega, y por lo tanto, el término de la primera época de la segunda edad humanitaria y el ingreso en la segunda época. Cierto que la ciencia, tímida y aterrada, se oculta en los santuarios de la fe cristiana ; pero muy pronto la verdad se revela de nuevo, muy pronto comienza á ejercer su poder civilizador, muy pronto empieza á brillar su luz, oscurecida por sangrienta nube, y la ciencia, el Derecho, reaparecen purificados, espiritualizados, cristianizados, si podemos servirnos de esta palabra, como el mundo moderno nace cristiano, espiritualista, individualista y libre.

42. Entónces como ántes, y como con repeticion ha sucedido en tiempos posteriores, tocóle á España iniciar el movimiento progresivo y civilizador, y cumple esta mision noble y grande creando su nacionalidad, la nacionalidad goda, al par que una legislacion goda tambien, y la más notable é importante de los siglos medios ; verdad es que existió el Derecho de castas, ó lo que es lo mismo, la pluralidad de Derechos, y que durante mucho tiempo al lado de la ley del vencedor viva la ley por que se rigió y continúa rigiéndose el vencido ; pero llega un dia en que ambas se refunden, no para hacer desaparecer al individuo, ni absorberlo como en Roma, sino para realizar la unidad espiritual que nace de la variedad.

43. Y cosas notables que nos explica cumplidamente lo que llevamos dicho en el procedimiento de este libro, lo que no habia podido hacerse en el mundo romano en cinco siglos de ciencia, de poder y de grandeza, se realiza en el mundo moderno, y muy especialmente en España, desde que Eurico funda allá en 460 la monarquía cuyos cimientos habian echado Alarico y Ataulfo, hasta que Chindasvinto en 650 compiló el para aquellos tiempos grandiosos código, que conocemos con el nombre de *Forum Judicum*, verdadera manifestacion del mundo moderno, del mundo cristiano.

44. Puede, pues, decirse que la época goda en España ostenta

dos distintas manifestaciones: la de *variedad*, que comienza en la invasion y dura hasta Chindasvinto, y la de *unidad política* y *legal*, que arranca desde Chindasvinto y termina en la tristemente célebre rota del Guadalete. Vamos á ocuparnos de cada uno de estos períodos separadamente.

---

# LECCION V.

**Historia del Derecho.—Primera Edad.—Segunda época.—España Goda.—Primer periodo, hasta Chindasvinto.**

## CAPÍTULO SEGUNDO.

**SUMARIO.**

1 al 4. Los visigodos conservan cierta dependencia legal y política de los emperadores romanos.—5 al 15. Reseña histórica de la monarquía visigoda.—Eurico consolida su poder y establece la monarquía independiente.—16 al 19. Eurico legislador: su objeto.—20 al 23. *Código de Eurico* ó LEX WISIGOTHORUM.—24 al 26. Descubrimiento del *Palimtexto* de Blume. Opiniones respecto al autor de la ley de los visigodos.—27 al 30. No bastó la publicacion de la LEX WISIGOTHORUM, porque existian dos pueblos distintos. Necesidad de una nueva ley sentida por Eurico.—33 al 39. LEX ROMANA. Su autor, su objeto, elementos que la componen, método de la compilacion.—40. Opiniones de Monsieur de Savigni y otros.—41 al 48. Forma artística del Código, partes de que consta, su importancia, nombres con que se la designa.—49 y 50. Ediciones que de ellas se han hecho, su valor legal en España y en el extranjero.—51. Fuentes del Derecho español en este período.—52 al 54. Estado de la monarquía y nuevas causas de unidad legal.

SEGUNDA ÉPOCA. PRIMER PERÍODO. DESDE LA INVASION HASTA CHINDASVINTO. DE VARIEDAD.

1. Hemos hecho ligeras indicaciones acerca de las causas que ocasionaron la invasion goda; nos hemos ocupado de la cultura de este pueblo y de la del romano-hispano; hemos hablado de las relaciones que sostuvieron vencedores y vencidos, primero como enemigos, más tarde como aliados, y de la influencia que natural y necesariamente estas relaciones habian de tener en la vida de un pueblo sencillo y primitivo como el pueblo godo.

2. Cierto es, y queda demostrado con copia de razones, que entre la manera de ser legal, política y social de godos y romanos habia notables diferencias; claro es, por lo tanto, que aquellos cuya civilizacion más primitiva era más pobre, aunque más espiritual y llena de vida para lo porvenir, y menores sus necesida-

des, tenian suficiente para regirse con sus costumbres, miéntras la rica y poderosa civilizacion de los hispano-romanos, sus várias y múltiples necesidades, exigian una legislacion rica, variada y con cierto grado de perfeccion. El pueblo invasor, ilustrado hasta cierto punto, y con una ilustracion muy distinta de la del imperio, comprendiendo que si en sí tenía gérmenes fortísimos de vida enérgica é independiente, podia hallar en la gente romana útil enseñanza y medios de progreso y de perfeccionamiento, que le eran muy necesarios para llegar al apogeo del poder, de la ciencia y de la grandeza que ambicionaba; no la destruye ni destruye sus leyes, sino que los deja vivir y gobernarse por ellas, continuando él con sus costumbres; de aquí surge el Derecho personal ó de castas, que marca hasta qué punto los sentimientos de libertad é independencia se revelan en los pueblos conquistadores.

3. Hé aquí cómo esta manera de ser especialísima de los pueblos invasores, enteramente distinta de la de Roma, pues miéntras ésta era absorbente, y por lo tanto, y áun contra su voluntad, destruia; la de los godos era expansiva y creadora, y hasta conservadora de lo creado, hace que los bárbaros nos den por primera vez en la historia del mundo el ejemplo de una civilizacion que nace fuerte, viril y poderosa, y, sin embargo, con plena conciencia, con completo conocimiento é intencion, se apoya en el pasado para llegar con seguro y firme paso á lo que está por venir.

4. Véase por qué con repeticion hemos dicho que no podia prescindirse, para estudiar la historia del derecho español cumplidamente, del conocimiento de la época romana, y ahora vamos en poquísimas frases á coronar la demostracion de estos asertos. Hemos indicado que parecia casi seguro que España estuviese sometida en lòs últimos tiempos sobre todo á la legislacion general, esto es, al Edicto Perpétuo y á los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Theodosiano, sin que se olvidasen las Novelas entónces en vigor; pues bien, el exámen de la *Lex romana*, dada por Alarico II á los vencidos hispano-romanos, va á confirmar nuestra indicacion.

5. Sabido es que Alarico (Al-rik) no pudo tomar posesion de la española tierra porque la muerte atajó sus conquistas, y que Ataulfo (Alta-hüph), unido en matrimonio á Gala Placidia, hermana de Honorio, vino de las Gallias en 414 con ese objeto;

hondamente perturbada debia hallarse España en aquellos momentos, pues no podian ménos de haber producido perturbacion, y muy grave, las luchas sostenidas en su seno por los vándalos, suevos, alanos y silingos, que se disputaban su territorio, y aquel estado debia hacerse más deplorable aún con la llegada de nuevos conquistadores, porque á conquistar y á combatir venian los godos, fueran los que fueran los derechos que la cesion de Honorio, el matrimonio de Ataulfo y los deseos y aspiraciones de la córte imperial pudieran haber creado.

6. Todo ello podria legitimar la dominacion goda en España; pero no evitar que la toma de posesion fuese sangrienta y desoladora. La fuerza en lucha con la fuerza habia de preparar para más tarde el triunfo al derecho.

7. Era, sin duda alguna, Ataulfo hombre de alta inteligencia; no falta quien le atribuya (1) notables y elevadísimos proyectos, pues nada ménos se afirmó sino que aspiraba á crear una especie de monarquía universal; si tal pensamiento hubiera podido abrigar, que por cierto no estaba en armonía ni con el carácter, ni con la manera de ser, ni con la mision de los pueblos invasores, la traicion se encargó de destruirlo.

8. Sigerico (Sig-rick) le hizo asesinar, y ocupó el trono aunque por brevísimo tiempo, que aprovechó en dar muerte á los hijos de Ataulfo y perseguir á Gala Placidia; no entraba esto en las costumbres del pueblo wisigodo, que hizo morir al usurpador, y colocó en el trono á Walia (Wall), hermano de la primera mujer de Ataulfo.

9. Walia no desmintió su estirpe; espíritu guerrero y levantado, batió á los alanos, suevos y vándalos; ensanchó la monarquía goda en España y afianzó su dominacion; político de valía, devolvió á Honorio á Gala Placidia como prenda de paz y de concordia entre godos y romanos, y obtuvo una gran parte de la Galia, fijando en Tolosa la capital de tan extensa monarquía. No fué largo su reinado, pues murió por los años de 420.

10. Una nueva horda de verdaderos bárbaros, los *hunos*, mandados por ATILA, se desborda y cae sobre el ya deshecho imperio romano, llevándolo todo á sangre y fuego, destruyéndolo todo y amenazando sumir al mundo en la más espantosa barbarie; *azo-*

(1) Paulo Orosio.

*te de Dios* se llamaba Atila á sí propio, y de creer la tradicion que de él nos queda, se esforzó por legitimar este nombre; los romanos, á pesar de tener á su frente como general á Aecio, que por sus raras prendas mereció se le llamase el *último romano*, comprendieron que eran impotentes para triunfar del que Dios les enviaba como ejemplar castigo.

11. Por este tiempo la monarquía goda estaba regida por Teodoredo (Theod-red), sucesor de Walia, que habia guerreado con los romanos con vária fortuna, y que mediante un tratado de paz con Valentiniano II ensanchó sus dominios. El peligro comun le unió más aún al imperio, y unido su ejército al de Aecio, triunfaron completamente de los hunos en Chalons, salvando al mundo de una espantosa catástrofe, y siendo quizás España la que más contribuyó á esta grande obra ; pero Teodoredo compró muy caros su gloria y el triunfo de sus armas, pues pereció en la batalla.

12. El entusiasmo de los godos por su rey, muerto con gloria tanta, hizo que sobre el mismo campo de batalla elevasen al trono á su hijo Turismundo (Tormund), en 451. Podria parecer esta eleccion un primer paso dado por la gente wisigoda en la senda que habia de conducirla á la monarquía hereditaria ; pero ni las condiciones del pueblo ni las de aquella monarquía naciente, aunque muy poderosa, y que tenía que sostenerse por la lucha, eran á propósito para ello, ni el hecho se repite con insistencia bastante para formar costumbre, ni puede considerarse sino como una prueba de gratitud, que por otra parte recaia en un príncipe digno, valiente y probado en los combates. De corta duracion fué su reinado, pues en 453 la mano fratricida de Teodorico II le privó de la vida y del trono.

13. Fué Tedorico II un gran rey para su tiempo; enérgico y batallador, extendió más y más la dominacion goda, y asentó la capital de sus estados en la importantísima ciudad de Narbona, baluarte y antemural de Roma en las Galias.

14. Rey fratricida, por otro fratricido pierde el trono, que es, como siempre, el premio del crímen, y en 466 Eurico (Ew-rik) toma las riendas de la poderosa monarquía wisigoda para darla cada dia nuevas victorias y triunfos nuevos, extendiendo su territorio de una manera pasmosa ; jamas España ha poseido en Europa mayor extesion de territorio unido, pues no sólo se componia

de toda la península ménos Galicia, y una parte del Portugal, sí no de casi toda la mitad occidental de lo que hoy es Francia.

15. En medio de este contínuo batallar, Eurico no puede presentarse sólo como modelo de guerreros; no, era al par un gran rey y un gran político, dice un autor (1), que no olvidaba nada, que se ocupaba de todos los negocios, de todas las alianzas, de todas las guerras y de todos los hombres; que en su Consejo se aprendia cómo se mueven las naciones, cuál era el espíritu de las embajadas, el móvil de los generales y el secreto de los tratados y de todos los negocios públicos.

16. Hombre tan extraordinario, rey tan cuidadoso de su gloria y del esplendor de su reino, no podia desconocer que áun faltaba algo á su gloria y á su grandeza; el dilatado imperio que la Providencia habia colocado bajo su cetro estaba dividido en dos razas, grandes ambas, ambas poderosas, la raza goda y la romana, aquélla por su virilidad, por su fuerza, por su porvenir, por ser la vencedora; ésta por su ilustracion, por su ciencia, por su pasado, con distintas costumbres, con diferentes hábitos, con diversa creencia religiosa.

17. Era necesario un dia unirlas, destruir las diferencias, no fundirlas, no destruir ninguna, sino hacer de ambas un solo pueblo, una sola nacion. Comprendió sin duda alguna Eurico que ni esto era la obra de un hombre, ni siquiera la de un momento histórico dado, que era necesario prepararlo, aprovechando para ello todos los elementos pasados y presentes, no rompiendo con ninguna de las dos personalidades, no colocándolas frente á frente y en lucha, sino, por el contrario, acercándolas, unificando aquella variedad por entónces necesaria.

18. Los que componian la casta ó raza de procedencia romana tenian sus leyes escritas, sus códigos, que, como hemos visto, eran los códigos del imperio; la casta ó raza goda tenía sus costumbres, sus usos, pero no tenía ley, no habia áun fijado sus costumbres en un código; entre las leyes de la una y las costumbres de la otra existian diferencias esenciales, que sólo podian unificarse modificando los códigos y modificando las costumbres, trayendo á éstas algo de aquéllos para convertirlas en ley, y á aquéllos algo de éstas, para lo que era necesario descartar algo de

(1) Sidonio Apolinar.

aquellos códigos, y esta fué la obra más grande que realizó Eurico. No tocó á la ley romana, la respetó, la dejó vivir libremente, como el pueblo godo habia dejado vivir libremente á la raza que por ella se regía; pero fijó las costumbres godas, las redujo á leyes, las convirtió en reglas fijas, en preceptos claros y definidos de todos conocidos, á todos aplicables.

19. Quizás su legislacion no fuera exclusiva para la gente goda; quizás algo alcanzára tambien á los romanos, porque no se concibe en la vida de relacion que necesaria é ineludiblemente habian de sostener ambos pueblos, que no hubiese muchos puntos de union y de contacto, así como muchas divergencias, que no fuera fácil ni posible resolver por leyes distintas y áun contrarias.

20. Habia llegado, y por cierto mucho más pronto de lo que podia esperarse, lo cual prueba la alta civilizacion de la raza goda, el momento en que ese pueblo comprendió que era necesario fijarse, definirse y adquirir vida propia, y en ese momento comprendió tambien, sin duda alguna, que no eran posibles esas aspiraciones miéntras no tuviese una legislacion propia; necesario era para realizar este pensamiento un hombre de la alta inteligencia, de las grandes dotes, de la energía de Eurico; pero para ello se hacía indispensable que el pueblo godo saliese de una vez de la especie de tutela en que áun le retenia el imperio romano; por eso coincidió el enérgico arranque de Eurico para romper toda relacion, todo lazo con los señores del mundo antiguo, con la formacion del código godo, que se conoce con el nombre de *Lex Wisigothorum* y que se atribuye al mismo EURICO (1). Por más que nuestros historiadores, tratadistas y escritores de Derecho hayan atribuido siempre á este rey la gloria de ser el primer legislador de España, distaban mucho de tener ideas claras sobre la materia; quiénes parecian confundir esas leyes con el *Fuero Juzgo* (2), quienes negando á Eurico la gloria de haber compilado este código, creian que habia contribuido á su formacion; quiénes, en fin, opinaban que San Isidoro no aludiria á disposiciones bárbaras y sin importancia al decir en el lugar ya citado: *Iste primus Gothis leges dedit* (3).

---

(1) San Isidoro, *Cron. Wisig.—Cron. Albel.*, núm. 22.—El P. Flores, t. VI, *Esp. Sag.*—Arz. D. Rodrigo, lib. II, c. 10.

(2) Martinez Marina, *Ensayo sobre la legislacion.*

(3) San Isidoro, *Cron. Wisigot.*

21. Como consecuencia de estas dudas de crítica y erudicion legislativas y literarias, surgen muchas cuestiones de mayor ó de menor importancia, tales como si las leyes de Eurico fueron hechas por él, ó si sólo redujo á derecho escrito el consuetudinario de los godos, ó si se limitó á reunir leyes dadas por sus antecesores desde Alarico. Sin detenernos en el exámen de estas cuestiones, sólo indicarémos que, en nuestra opinion, es indudable que Eurico formó una compilacion de leyes visogodas que no conocemos en toda su extension y detalles, que pudo muy bien suceder que recogiese disposiciones de sus antecesores, que algunas debieron darse en setenta años de monarquía, pero que la mayor parte del código debió ser suyo, y que es indudable que en su formacion debió entrar por mucho el derecho consuetudinario de la gente goda, como que para ella se hacía el código, y á su advenimiento á España no tenian leyes escritas.

22. No conociéndose del código de Eurico otra cosa más que su existencia, los autores se dieron á buscar, por conjeturas, las leyes que debieron componerle, y creyeron que el problema se resolvia fijándose en el único cuerpo de leyes que de los godos nos queda en el *Fuero Juzgo*. En efecto, llamó la atencion de los sabios el epígrafe de ANTIGUA con que se encabezan muchas leyes de aquel código, y creyeron que éstas eran las dadas por el rey que nos ocupa ó por Leovigildo. Tal fué la opinion de Villadiego en sus códigos castellanos, y llegó hasta formar y publicar en la página 79 un cuadro de todas las leyes que, segun su regla de crítica, debian atribuirse á Eurico y á Leovigildo.

23. Algo de verdad puede haber en la opinion de Villadiego, seguida por algunos, impugnada por otros, ya porque el que se incluyeran en el *Fuero Juzgo* leyes de un código anterior no puede significar que este código no haya existido, ya tambien porque las disposiciones de muchas de las leyes que con el epígrafe *antiqua* contiene el Fuero, y que Villadiego atribuye á Eurico, están en carácter con relacion á las necesidades del pueblo godo en la época que historiamos.

24. El descubrimiento hecho por los sabios alemanes Kunst, Pertz y Blume, de un palimsexto que el último publicó, ha venido á confirmar plenamente lo dicho por San Isidoro, y á demostrar que los godos tuvieron un código de su legislacion propia que sustituyó á la consuetudinaria, que este código fué distinto

y muy anterior al *Libro de los Jueces*, pero no á fijar quién fuera el verdadero autor de la compilacion, ni la época fija en que se dictára, ni, por tanto, á disipar, sino más bien á aumentar, las dudas y las vacilaciones respecto á este punto.

25. Sea de ello lo que quiera, y dejando á los críticos, ó mejor dicho, á algun nuevo descubrimiento, el fijar quién fuera el verdadero autor, así como la extension del código, que indudablemente debió componerse de muchas más leyes de las que, atribuidas á Eurico, existen en el *Fuero Juzgo*, ello es lo cierto que en tiempo de Recaredo existia, y que por el lenguaje de las leyes que contiene el palimsexto, parece de los tiempos de Eurico ó de Alarico su hijo; que su descubrimiento y comparacion con el *Fuero Juzgo* han venido á aclarar algo y á permitir puedan explicarse los epígrafes de *antiqua* y *noviter emendata*, con que se encabezaban muchas leyes de este código, así como el que fueron revisadas tal vez por Leovigildo, como lo dicen San Isidoro y otros (1).

26. Por lo demas, los fragmentos al palimsexto, arrancados por el ímprobo trabajo y cuidadoso estudio de los sabios alemanes, son incompletos, toda vez que comienzan por tres párrafos anteriores al capítulo 277 y concluyen en el 326, de los dos últimos únicamente restan algunas letras: sólo 35 capítulos se hallan medianamente conservados, pero lo bastante para darnos la seguridad de que era el código de la raza goda.

27. Y ahora surge una nueva cuestion, que no carece de importancia: hemos dicho que en la vasta monarquía regida por Eurico se abrigaban dos razas, la romana y la goda, que con el sistema nuevo y especial de dominar, adoptado por los pueblos invasores, la legislacion propia de la primera se habia conservado al lado del derecho consuetudinario de la segunda, formándose así el derecho de castas, y buena prueba de ello vamos á tener muy pronto con el exámen de la ley romana dada por Alarico; siendo esto así, ¿hasta qué punto la ley de los visigodos afectaba á los romanos? Hay autores que creen resuelta esta cuestion haciendo una separacion completa entre ambas razas, y decidiendo, por lo tanto, que la ley de Eurico se dió sólo, y sólo rigió á los godos, sin que para nada afectase á los romano-hispanos.

(1) San Isidoro y el *Cron. de Cardeña*, 122.

28. Esta opinion es insostenible en absoluto, porque no puede concebirse cómo dos razas enteramente distintas, casi antitéticas, que, sin embargo, vivian en un mismo suelo y sometidas á un mismo régimen, y mandadas por un mismo poder, podian mantenerse ajenas á todo trato, á toda relacion; sobre los deseos, sobre las aspiraciones, sobre los odios más encarnizados, existe una ley, ley suprema, general, indestructible, la ley de la necesidad, la ley de la naturaleza, y como el hombre, segun ellas, ha nacido para la vida de relacion, y sin ella no puede comprenderse, es imposible que ni por un momento podamos desconocer que esa relacion dejase de existir entre godos y romanos; ahora bien, esas relaciones no podian regirse por dos reglas distintas y áun encontradas; y si es creible que en todo lo respectivo á la manera de ser de cada raza y á sus relaciones internas obedecieran los unos sola y exclusivamente á la ley goda, y los otros á la romana, no lo es, ni puede serlo, que en las relaciones externas dejase de haber una ley comun para ambas, y siendo el pueblo godo el dominador, claro es, la razon nos lo enseña, que éste habia de ser el que diera la ley comun, la regla general para esos casos, y véase cómo el código wisigodo debió tener algun sabor romano.

29. La LEX WISIGOTHORUM habia, sin duda alguna, satisfecho una necesidad política y social; aumentado el poderío, enriquecida la vida del pueblo godo, exigió éste algo más que costumbres, y el código que nos ocupa respondió á esta exigencia; pero, como hemos dicho, Eurico habia roto por completo todo lazo de dependencia con el imperio, comprendiendo que sólo mediante una absoluta independencia podia afirmarse la naciente aunque por demas poderosa nacionalidad wisigoda. Esta ruptura completa y necesaria habia de tener sus naturales consecuencias, y éstas debian recaer sobre la raza vencida, la hispano-romana.

30. En efecto, por una parte no podia ocultarse á hombres de la elevacion de miras de Eurico, que para unificar y dar verdadera cohesion, verdadera fuerza á la monarquía, era necesario destruir toda diferencia, todo antagonismo, y que esta mision sólo podia cumplirse unificando las leyes; por otra parte, las costumbres, los hábitos, la manera de ser de los que habian respirado la atmósfera deleterea y corrompida de Roma imperial, no podian amalgamarse con las de los que venian de respirar aires más puros, y de temer era, ademas, que la molicie, el lujo, la abyec-

cion y el abatimiento de los romanos, pudiera viciar la enérgica virilidad de los godos.

31. No podia esto ocultarse á Eurico, ni tampoco que, las más de las veces, las leyes son el reflejo vivo del estado, de las costumbres, de la moralidad de un pueblo, y al propio tiempo, que, variando las leyes con estudio é inteligencia y haciéndolas aplicar con energía y sin contemplaciones, puede influirse, cambiarse la manera de ser de hombres y de pueblos.

32. Quizá al par que formára la ley wisigoda pensára en compilar otra para los romano-hispanos; pero la muerte le sorprendió en 485 ó 486, y un nuevo rey, Alarico II, su hijo, vino á regir los destinos de los godos.

33. Alarico II peleó con Clovis, rey de los francos, y en esta guerra le fué adversa la fortuna y perdió todo el territorio comprendido entre el Loira y el Garona, ademas de la ciudad de Tolosa, donde Walia habia asentado la capital de la monarquía; pero si como guerrero fué Alarico desdichado, no puede negarse que fué político inteligente y previsor.

34. Hemos dicho ya que los romanos españoles, conservando la legislacion y los códigos que de Roma recibieran un dia, rigiéndose por ellos en todos los accidentes de la vida, si se exceptúa el cambio y movimiento constante que hacen indispensable que la ley se modifique, tenian lo bastante para sí, y por lo tanto, no sería probable que bajo el punto legal pidiesen nada á sus señores; pero hemos dicho tambien que éstos comprendian la necesidad de modificar la legislacion romana, como habian creado la goda; que á medida que se estrecharon las relaciones entre vencedores y vencidos, debieron tocarse los inconvenientes, no sólo de dos legislaciones distintas, sino de dos legislaciones cuyos principios debian ser en muchas ocasiones contrarios é inaplicables, y véase cómo natural y necesariamente al lado de la *Lex Wisigothorum* vemos surgir la *Lex romana.*

35. Alarico, pues, como en tiempos posteriores D. Alonso el Sabio, realizó el pensamiento de su padre y dió á los romanos leyes que, al par que mejoraron su condicion, se modificaron con principios de orígen godo, que habian de aceptar porque les eran favorables, preparando así la union de las dos razas en un sólo pueblo sin diferencias de vencedores y vencidos, dominados ni dominadores.

36. La LEX ROMANA, que vino á realizar el indicado pensamiento, no da lugar á las dudas y vacilaciones de los críticos, que hemos mencionado respecto á la *Lex Wisigothorum;* se sabe quién es su autor y la época en que se formó, así como los elementos de que se compuso, y un estudio detenido de ella puede demostrar hasta los medios de que sus autores se valieron para realizarla y preparar indirectamente, pero de una manera segura y fructífera, la compilacion y publicacion del *Fuero Juzgo.*

37. Nombró Alarico una comision de jurisconsultos que estudiasen las colecciones legales y códigos romanos en uso entre la raza conquistada, y que modificándolos, variándolos al tenor de los tiempos y de las circunstancias, introduciendo en ellos cuanto, sin herir de frente las costumbres de los hispano-romanos, los acercase á los godos, destruyese los gérmenes antiguos de inmoralidad y de abyeccion, y fuese nivelando al vencedor con el vencido, formase un nuevo código. Así se hizo, y por los años 506 apareció la *Ley romana*, formada como hemos dicho, y bajo la presidencia y auspicios del Conde Goyarico, segun unos, sin más intervencion por parte de éste, segun otros, que la de remitirlo á los condes gobernadores de las provincias.

38. Aprobóse este código, que se conoce con los nombres de *Lex romana*, *Liber Legum*, *Auctoritas*, *Alarici regis*, *Lex Theodosii*, *Breviario de Aniano* y *Conmonitorium*, por los venerables obispos y diputados, y la precede un decreto del rey que se conoce con el nombre de CONMONITORIUM, y que es muy importante, porque esclarece el pensamiento de Alarico.

39. Compilado y publicado para ir combatiendo y destruyendo el predominio que la legislacion romana tenía aún entre la raza vencida, pero con el cuidado de no herirla de frente, claro es que no se prescindió de ninguno de los códigos ni leyes en uso entónces entre los romano-hispanos; así, pues, pueden considerarse como fuentes del código que nos ocupa:

1.° Diez y seis libros del *Código Tesdosiano.*

2.° Las Novelas de *Teodosio*, *Valentiniano*, *Marciano*, *Mayoriano* y *Severo.*

3.° Fragmentos de las *Institutas* de Gayo.

4.° *Código Gregoriano.*

5.° Dos títulos del *Código Hermogeniano.*

6.° Un pasaje del libro *Respuestas de Papiniano.*

7.º Cinco libros de las *Receptæ sententiæ* de Paulo.

En algunos códices se encuentra ademas un libro de *Ulpiano*, una *ley de Modestino* y algunas *Novelas de Antemnio.*

Teniendo en cuenta los elementos de que se compuso, puede asegurarse que ha prestado un servicio á la ciencia histórica del Derecho, toda vez que, merced á él, se han conocido y conservado el *Código Teodosiano*, la *Instituta* de Gayo y las *Sententiæ receptæ* de Paulo.

40. Algunos autores, entre ellos muy especialmente Mr. de Savigni, censuran la *Lex romana* bajo el punto de vista de su redaccion, tanto porque sus autores no escogieron algo más selecto del inmenso tesoro de ciencia que tenian á su disposicion, cuanto por haber desfigurado algunos textos; pero el ilustre profesor aleman olvida, por una parte, que no se trataba de conservar, sino, por el contrario, de modificar, de cambiar todo lo romano, para anularlo más tarde, si no en absoluto, hasta el punto de poderlo sustituir casi en su totalidad con una legislacion enteramente diversa; por otra, que si el mismo Justiniano incurrió en este error tratando exclusivamente de compilar una legislacion propia y que debió conservar para gloria de sus progenitores, no es extraño que cayesen en él los que sólo compilaban con miras transitorias y una legislacion que no era la suya.

41. En cuanto á la forma artística, digámoslo así, el Código Alariciano se halla dividido en dos partes: componen la primera los textos reproducidos, con más ó ménos pureza, y la segunda, la interpretacion de los mismos, con cierto sabor gótico, bastante marcado, pero que sólo en la *Instituta* de Gayo se confunde con el original, y no se han alterado los textos; indícanse las leyes que no necesitan ser interpretadas con la frase *Ista lex interpretatione non eget.*

42. Hácese en el código una diferencia entre la parte que emanaba de la autoridad pública y la que era debida á los jurisconsultos; así es que todo lo referente al *Código Teodosiano* y á las *Novelas* se denomina *leges*, miéntras que el resto recibe el nombre de *jus.*

43. De lo expuesto se deduce que la *Lex romana* es de muy alta importancia histórica, tanto por los monumentos romanos de que se compone, cuanto por la *interpretacion* que nos marca el movimiento del Derecho y la ilustracion del pueblo visigodo, y el

pensamiento altamente político que presidió á su formacion, y que, como hemos dicho, puede apreciarse con bastante exactitud, haciendo un estudio comparativo del código con sus fuentes.

44. Si las copiosas mutilaciones y supresiones que al formar parte del Breviario sufrieron los códigos romanos vigentes entónces en España, no nos convenciesen de que la idea de los godos era ir haciendo que las leyes venidas del imperio fuesen cayendo en olvido y perdiesen su importancia, el contexto de las suprimidas nos lo demostraria muy cumplidamente.

45. En primer lugar, toda la parte puramente romana relativa á la organizacion política, privilegios del príncipe y de los empleados imperiales, autoridades, dignidades y sus prerogativas, privilegios de las ciudades y corporaciones, honores municipales, atribuciones de los prefectos y gobernadores, quedó suprimida; dándose en cambio nueva forma á los municipios, extendiendo los derechos de que sólo disfrutaba la clase senatorial y curial, y dando mayor libertad á los ciudadanos de la que bajo el poder de Roma disfrutaban.

Bajo el punto de vista civil, se fijó el procedimiento, se dió más extension al poder judicial arrancando al administrativo cuanto habia absorbido de aquél.

46. En segundo lugar, quiso moralizar las costumbres de aquella raza á cuyo lado habia de vivir la raza goda, virilizarla y darle energía, y así suprime todo lo que podriamos llamar leyes suntuarias relativas á juegos, espectáculos y diversiones de todo género.

47. En cuanto á la parte religiosa, sólo suprimió cuanto se habia legislado contra los arrianos, y esto era lógico y natural siendo arrianos los godos.

48. Del Breviario se conocen más de setenta códices, pero sólo once contienen exclusivamente la Ley romana completa; en los demas, ó no lo está, ó contiene otras compilaciones de aquella época ó posteriores, pero no españolas.

49. Se han hecho de este código cuatro ediciones principales, siendo la primera, no la de Sicardo, como aseguran los doctores Asso y de Manuel en su Introduccion á las *Instituciones de Castilla*, sino la de Pedro Ejidio, en 1517, bajo los auspicios del emperador Cárlos V, y que se imprimió en Lovaina; y la última, la de Canciani, en Venecia, en 1789. Las otras dos se publicaron en

1525 por Amalarico Bouchardo, en París, y en 1528 por el monje Sicard, en Basilea. Entre otras ménos importantes, figura la de Haenel, en 1847 y 1848.

50. Como prueba de la alta importancia de este código, podemos aducir que rigió en España y en algunos otros países, como la parte de las Galias que dominaron los wisigodos largos años, desde 406, en que se publicó, hasta 657, en que fué derogado por la ley 8.ª, tít. I, lib. II del *Fuero Juzgo* entre nosotros, miéntras que continuó vigente entre los francos y longobardos mucho tiempo despues.

51. Ella y la *Lex Wisigothorum* son las fuentes del Derecho español en este primer período de la segunda época.

52. Hemos terminado el primer período de la época goda, período de verdadera lucha, pero en el que se descubre siempre una marcadísima tendencia á la *unidad*, no á la unidad material absorbente y aniquiladora del mundo antiguo, sino á la unidad espiritual, nacida de la variedad armonizada y productora del bien.

53. El estudio que hemos hecho de este período demuestra cumplidamente, á nuestro entender, la grande importancia, el raro mérito, las peregrinas condiciones del pueblo wisigodo para la obra providencial de crear un mundo sobre las ruinas de otro mundo que desaparecia para siempre. Admira ver el grado de esplendor á que llegó el pueblo godo en ménos de un siglo; de qué manera tan sábia, tan prudente, supo, sin despreciar lo pasado, por el contrario, apoyándose en ello, crear un presente glorioso y preparar un brillante porvenir. Digno es tambien de fijar nuestra atencion el carácter especialísimo de la civilizacion que nacia, de esa civilizacion individualista y espiritualista al par, que crea sin destruir, que diversifica para á su vez unificar armonizando, pero conservando los varios elementos existentes: verdad es que la division entre vencedores y vencidos, y, sobre todo, las diferencias religiosas, sostienen en España el derecho de castas; pero tambien es cierto que la formacion y promulgacion de los dos códigos, la *Lex Wisigotorum* y la *Lex romana*, que aparentemente venian á sostenerla, es en el fondo un medio seguro, aunque lento é indirecto, de terminarla.

54. Si magnífico y glorioso fué el primer período de la dominacion goda, no lo fué por cierto ménos el segundo; en él Recaredo, aconsejado quizás por su padre el gran Leovigildo, da un paso im-

portantísimo abjurando el arrianismo, aceptando la religion de los vencidos, apoyándose en el clero, quizás con alguna exageracion, hija del celo del neófito; pero asaz disculpable tambien, porque el clero godo, mejor dicho, hispano-romano, podia servir de modelo y tomarse como fuente de ilustracion y de ciencia, como elemento de amor y de union; haciendo desaparecer la prohibicion de unirse por el matrimonio godos y romanos, y concediendo á unos y á otros los altos puestos indistintamente; ya por estos medios el período de lucha termina, y pasa el pueblo español al de la unidad legal que habia de realizarse con la publicacion del *Fuero Juzgo*.

---

# LECCION VI.

**Historia del Derecho.— Segunda época.—España goda.—Segundo período hasta la irrupcion de los árabes.—De unidad.**

## CAPÍTULO PRIMERO.

**SUMARIO.**

1 al 3. Estado de España al comenzar este período.—4. Elementos componentes de la sociedad española.—5 al 9. *Monarquía*, su carácter, sus tendencias; el Monarca es el *legislador* absoluto; los *Concilios*, qué son. Condicion de los hispano-romanos.—10. *Nobleza*, su carácter é influencia.—11 al 13. *Clero*, su influencia, su carácter.—14. El *Pueblo*, su representacion.—15 al 17. El Fuero Juzgo, su importancia.—18 al 45. Análisis de los Concilios de Toledo. —46 al 56. Carácter del *Fuero Juzgo* como código; sus fuentes.—57 al 74. Análisis del *Fuero Juzgo*, su autor, cuestiones, en qué idioma se escribió.

Segunda época, goda. Segundo período; desde Chindasvinto á la irrupcion árabe. Período de unidad legal.

1. Rotas todas las barreras que mantenian separados á los vencedores y á los vencidos, y que nos revelan los códigos conocidos por *Ley romana* y *Ley goda*, todos trabajan por llegar á la fusion y á la unidad legal, preparada ya por la unidad moral y religiosa. Realízase el gran pensamiento con la formacion del *Fuero Juzgo*, del que vamos á ocuparnos, no sin dar ántes una ojeada rapidísima al estado social y político de España en aquellos tiempos.

2. Desde la formacion del *Fuero Juzgo* hasta la irrupcion de los árabes, las reminiscencias de la legislacion de castas van perdiéndose, como se habian perdido los dos códigos que la sancionaban, derogados por el *Libro de los Jueces*. Mantiénese, sin embargo, la lucha por una parte entre vencedores y vencidos, y por otra la intestina política, natural en una monarquía electiva; el clero adquiere grande importancia; la ilustracion aumenta, y con ella el lujo, la molicie y el decaimiento, que suelen inspirar una larga calma y una paz duradera, y se prepara el advenimiento de los sarracenos.

3. El estado social de España en este período se compone de cuatro elementos principales, á saber: el *monarca*, el *clero*, la *nobleza* y el *pueblo*.

4. La *monarquía* representa el elemento, el principio de *fuerza*, de *unidad;* la *nobleza*, el elemento activo de *lucha*, de *independencia;* el *clero*, el principio *moral* que equilibra todos los demas, y el *pueblo*, el elemento de *independencia* y *libertad reunidos*.

5. La MONARQUÍA es *absoluta* y *electiva*. Como *absoluta*, absorbe los poderes todos, el legislativo, el ejecutivo y el judicial supremo; como *electiva* es orígen de contínuos disturbios y de mal reprimidas ambiciones.

6. Aunque *absoluta*, la potestad real jamas fué despótica, que no lo hubiera sufrido aquella raza independiente y fiera, ni puede caber el despotismo donde el monarca está siempre amenazado de la conspiracion y del puñal; pero esto no quita que el rey absorbiese todos los poderes.

7. A veces parece como que comparte la facultad de legislar con los Concilios, y áun con el Oficio Palatino, pero ni los unos ni el otro tenian por derecho propio esas atribuciones, y sobre todo en la parte más importante, que es la de la fijacion y exaccion de los impuestos, no tenian intervencion alguna; si vemos convertidos en leyes cánones de los Concilios, es sólo porque en la íntima y casi constante union que desde Recaredo reinó entre el clero y los reyes godos, éstos los aceptaban. No era ràro tampoco que decidieran sobre puntos importantísimos de derecho político y civil; pero esto era cuando el monarca les pedia su decision: legislaban cuando les mandaba legislar, y en el *Tomo regio* que solian enviar á los Concilios, y que era, más que otra cosa, como una prueba de respeto y adhesion á los padres, y una especie de consulta, se encerraban los deseos del príncipe y las cosas sobre que queria conocer la ilustrada opinion de aquellas asambleas. Dudóse si existieron en España, durante la época visogoda, las *Juntas* de grandes y guerreros, que con cierto carácter legislativo se celebraban entre los germanos; muchos, fundados en que ni los godos fueron germanos, ni por lo tanto las costumbres de los unos y de los otros son uniformes, lo niegan (1), y nosotros, que ya hemos

---

(1) Pacheco, *Introduccion al Fuero Juzgo*.

hablado de ello, no nos ocupamos de esta cuestion, pues cuanto de ella se diga no pasará de conjeturas sin fundamento.

8. Las únicas *asambleas* de esos tiempos en que se legislára algunas veces, pero siempre por voluntad del rey, fueron los célebres Concilios de Toledo, que, como el clero en ellos reunido, tuvieron grandísima importancia, sin que sea tampoco fácil decidir si su carácter fué sólo y exclusivamente religioso, ó si disfrutaron algo y por derecho propio del carácter político de cuerpos que legislasen en lo civil. Si tenemos en cuenta que se ceñian al *Tomo regio*, debemos creer que más puede considerárseles como cuerpos consultivos y de alto consejo, que como cuerpos deliberantes y legislativos; pero que ejercian estas funciones á voluntad de los reyes y sola y exclusivamente cuando éstos creian necesario y conveniente escucharlos, proponerles la solucion de las arduas é importantes cuestiones del Estado, y elevar á leyes las decisiones que de otro modo sólo tenian un carácter puramente eclesiástico. Los que sobre este punto quieran ampliar sus estudios, pueden acudir á los autores de Historia de nuestro Derecho (1). Lo que sí es indudable, que en los cánones de esos Concilios se encuentran algunos que contienen disposiciones de derecho político y civil de suma importancia; de tanta, que puede decirse legislaron y fueron árbitros de la suerte de los reyes; y que desde el XIII en adelante figuran en ellos firmas de legos al lado de las de los obispos y abades. Los legos que asistian eran los condes y algunos otros magnates. La representacion del pueblo fué siempre formularia y sin importancia alguna.

9. Si lo que está demostrado y es indudable en el primer período de esta época, los romanos, como conquistados y sometidos, eran mirados con desprecio, y carecian por completo de importancia política, que sólo se concedia á los grandes de estirpe goda, es seguro que desde la conversion de Recaredo al catolicismo, la ilustracion de aquéllos y su ciencia, superior á la de éstos, el ardor religioso quizás algo exagerado, pero propio del neófito, dando una inmensa influencia al clero, que pertenecia á la raza hispano-romana, hicieron que en este segundo período la nobleza se compusiese de los nobles godos y del patriciado hispano-ro-

(1) Martinez Marina, *Teoría de las Córtes y Ensayo histórico sobre la legislacion.*—Florez, *España Sagrada.*—Semper, *Historia del Derecho español.*

mano, que era todavía importante y numeroso. Unos y otros reunidos forman la nobleza española que rodea al monarca y ocupa los altos puestos de palacio y de la administracion pública.

10. La nobleza, sin tener el elevado carácter de cuerpo legislativo, tuvo sin duda alguna importancia no escasa en el reino, porque á ella estaba encomendada la administracion civil y militar, rodeaba al monarca, y dada la condicion electiva de la monarquía, de su seno era elegida esta magistratura suprema; tal vez la desmedida ambicion, los vicios y la degradacion de esa clase, que debió ser el nervio y la fuerza del Estado; sus contínuas rebeliones para alcanzar el trono, por medio muchas veces de la traicion, el asesinato y el fratricido; los odios mortales que hechos de esta especie debian suscitar entre las familias poderosas, y los deseos de venganza, pueden considerarse como las causas más graves que contribuyeron á que con facilidad pasmosa los árabes invadieran y dominarán nuestro suelo, como contribuyó más tarde su enérgica iniciativa, admirablemente secundada por el pueblo, á que un puñado de valientes reunidos en las montañas de Astúrias y Leon hicieran de equellos riscos agrestes la cuna de la nueva nacionalidad española.

11. El clero, hispano-romano de orígen, casi en su totalidad, lleno de ilustracion, de ciencia y de virtudes, el clero fué en el primer período, y aunque de una manera velada é indirecta, el lazo de union entre vencedores y vencidos, el elemento que más contribuyó á que la union entre ambas razas se preparase, y es indudable que directa ó indirectamente debió tomar parte muy activa en este segundo período en que su influencia se habia hecho grande y poderosa, y era respetado de los reyes como de los súbditos, en que se compilase y promulgase el *Libro de los Jueces*, que habia de poner legal término al estado de separacion entre godos y romanos.

12. Y esto es óbvio, porque teniendo en cuenta la manera de ser y las diversas fases que presenta la historia de España goda, es de creer, dado el carácter tolerante y dulce de los godos, que el clero español, aunque católico y enemigo por lo tanto del godo, que era arriano, tuviese hasta Recaredo influencia indirecta y hasta velada en el misterio, toda vez que no tenía una existencia legal, y sólo estaria consentido; pero desde el momento en que el piadoso hijo de Leovigildo abjuró sus creencias en el Con-

CILIO III DE TOLEDO, y convirtió la religion de los vencidos en religion dominante del *Estado*, es claro que el clero y la teocracia debieron tener una altísima influencia en los destinos de España, tanto más cuanto que al frente de este clero se hallaban hombres de la talla de los Isidoros, de los Leandros y otros no ménos ilustres varones.

Tanto es esto así, que, como verémos muy pronto, ya en este segundo período puede notarse cierta lucha entre el poder teocrático y el poder político, que acrece ó decrece, segun que los monarcas que ocupan el trono son más ó ménos enérgicos y celosos de su autoridad, más ó ménos piadosos; luchas que por punto general comienzan por alguna exigencia del clero, celoso de extender sus derechos y prerogativas.

13. Para convencernos de que áun sin tener el carácter de asambleas legislativas, los Concilios y el clero tuvieron una influencia grande y decisiva en todo el movimiento legislativo de este segundo período, ademas del rápido estudio que de los Concilios hemos de hacer en adelante, basta observar muchas leyes del *Fuero Juzgo* (1), que están hechas expresamente en interes de esa clase y para su engrandecimiento.

14. PUEBLO: vivia éste sin duda alguna sometido y sin tomar parte activa en la vida política y social de la nacion; miéntras duró el primer período es muy probable que el pueblo, de raza goda, se ocupase en la guerra; pero cuando en el segundo la paz le permite no separarse del hogar doméstico, es seguro que el pueblo sólo se ocupaba de trabajos mecánicos é industriales. Creen algunos que la antigua *curia* romana, modificada por la influencia del clero ya en este período, aparece como la base de la emancipacion del pueblo; cierto es que en la Lex romana se legisló acerca de esto y se modificó mucho el carácter de la *curia* y del *municipio;* pero tambien es cierto que carecemos de datos y monumentos fidedignos para saber si existian en esta época, y cuál era su carácter, por más que una ley del *Forum Judicum* se refiere á ella (2).

---

(1) *Fuero Juzgo*, tít. prel.—Ley 28, tít. I, lib. II, *y en el romanceado*, ley 3.ª, tít. I, lib. XII; tít. I, lib. V,—Ley 1.ª, 5.ª y 6.ª, tít. I, lib. VI; tít. II-III, lib. XII.

(2) Ley 19, tít. IV, lib. V.

15. La reunion de estos cuatro elementos, representantes cada uno de principios diversos pero que tendian á unificarse, sin que ninguno de ellos fuera destruido, sino, al contrario, conservado y sostenido, dieron, como ya hemos dicho y vamos á demostrar, orígen al *Fuero Juzgo* y al órden de cosas que este código representa.

16. La abjuracion solemne del arrianismo hecha por Recaredo y muchos de los magnates godos y suevos en el tercer Concilio de Toledo produjo indudablemente algunos disturbios, que fueron reprimidos prontamente, y la obra iniciada por el rey continuó, y la verdad triunfó en absoluto del error.

17. El reinado de Recaredo fué, por punto general, tranquilo, próspero y floreciente; basta fijarse en el grave acontecimiento que le hace célebre para comprender que este rey legisló, por más que ni sepamos qué leyes diera ni si publicó alguna compilacion, ni siquiera si alguna de las leyes que existen en el *Fuero Juzgo* sean suyas.

18. Veamos ahora cómo la influencia religiosa comienza y cómo acrece en las célebres asambleas que se llaman Concilios de Toledo, y que muchos autores, creemos que sin razon, quieren hacer orígen de nuestras córtes.

19. Desde el Concilio de Elvira, que al decir de algunos fué el primero de España y precedió al de Nicea, hasta el tercer Toledano, se celebraron en nuestro país muchos, cuyos cánones brillan por su sabiduría, por su justicia y por su bondad, pero que sola y exclusivamente tuvieron carácter eclesiástico. Ya en el tercero de Toledo, por el contrario, hallamos disposiciones que se rozan con el derecho civil; en efecto, reunido de órden del mismo Recaredo, comenzado por el acto solemne é imponente de presentarse el rey acompañado de sus palatinos y obispos arrianos á ratificar la abjuracion hecha, se aceptan para toda la Iglesia de España las decretales, y se dan varios cánones de carácter puramente civil, tales como los que se ocupan de las viudas y solteras, castigando al que las obligue á contraer segundas nupcias ó casarse á las solteras contra su voluntad (1), los que conceden al obispo facultad para vender á la mujer libre que viviese infamemente con clérigo (2), los que, dictados contra los judíos, les

(1) *Cánon* X.
(2) *Cánon* V.

prohibe casar con mujer cristiana, tener esclavos cristianos ni cargo público en que pudiesen imponer penas á los cristianos (1), el que manda á los jueces que persigan y castiguen á los reos de infanticidio (2), y otros. Sancionó el rey los cánones de este Concilio, imponiendo al que los infringiese, si fuera eclesiástico, pena de excomunion; si lego poderoso, perdimiento de la mitad de sus bienes para el fisco, y destierro ademas si la pena recayese en persona de clase inferior.

20. Ocupándonos en párrafos anteriores de los elementos componentes del estado godo, dijimos que la *monarquía*, sin ser despótica, era absoluta; así lo fué, en efecto, de hecho y de derecho durante el primer período, y así lo fué tambien de derecho en todo el que nos ocupa, si bien desde la conversion de Recaredo la Iglesia y los Concilios vinieron de hecho á templar aquel absolutismo con su creciente influencia. Como ya hemos indicado, los Concilios no fueron córtes, no perdieron jamas su carácter puramente eclesiástico, ni esto convenia, por cierto, á la Iglesia ni al clero; pero es la verdad que su influencia político-social y legal fué inmensa.

21. Ya hemos visto cómo en el Concilio tercero Toledano se inicia esta nueva faz del pueblo godo, y vamos á seguirla paso á paso en su desarrollo.

22. Muerto Recaredo, su hijo Liuva ocupa el trono, 601, y muere asesinado y víctima de una conspiracion que da la corona, 603, á Witerico (Witk-rik), arriano de corazon; quizás á su creencia, que repugnaba ya toda la mayoría del pueblo godo, debió el morir tambien asesinado.

23. Fué elevado al sólio Gundemaro (Gund-mar), 610, que en cambio se distinguió por su piedad y contribuyó al engrandecimiento de la influencia eclesiástica.

24. Sisebuto, 612, viene en pos de Gundemaro, y sigue sus pasos en la cuestion religiosa, ensañándose, sobre todo, de una manera cruelísima con los judíos, hasta tal punto, que el mismo San Isidoro censura su conducta: por lo demas, fué un rey que supo extender el territorio, engrandecer su monarquía, dotándola de una marina, con la que conquistó y asentó su poder en algunos puntos del Africa.

---

(1) *Cánon* XIV.
(2) *Cánon* XVII, 130.

Muerto Sisebuto, le sucedió su hijo Recaredo II, cuyo reinado fué corto y sin histórica importancia.

25. Es notable en todo el proceso histórico de la monarquía goda la tendencia constante hácia la forma hereditaria; pero no es ménos notable, por cierto, la sucesion de accidentes que siempre se oponen á que arraigue; la muerte del hijo de Sisebuto hace de nuevo necesaria la eleccion de un monarca, y recae en Suintila (Swin-thil), 621, general de aquel monarca. Con felices auspicios como guerrero y como político comenzó su reinado, arrojando para siempre á los griego-romanos de las costas de la Bética, que unió á la monarquía, y venciendo y sometiendo á los vascos. Qué aconteció á Suintila, por qué se indispuso con su pueblo, por qué fué arrojado del trono, cosas son que la historia no explica; ello es lo cierto que estalló una insurreccion, á cuya cabeza se puso Sisenando, y que costó el trono á Suintila. Quizás sus faltas no fueron tan graves como podria creerse; quizás no tuvo tantos enemigos entre sus subditos, cuando Sisenando tuvo que valerse de un ejército frances para conseguir su intento ¡Primer caso triste y vergonzoso, y no el último, por desgracia, en que los extranjeros se mezcláran en nuestras cuestiones interiores!

26. Ciñóse Sisenando la corona, 631, y por cierto que sus primeros pasos no fueron muy dignos de un monarca godo; llorando y de rodillas se presentó ante el cuarto Concilio de Toledo, demandando, por una parte, la absolucion de sus culpas, que en verdad necesitábalo el que como él habia procedido; y por otra, el anatema contra Suintila y su familia; ambas cosas otorgó el Concilio, extralimitando, en lo segundo sobre todo, sus facultades.

27. Necesario era que este monarca pagase con creces el servicio que al Concilio demandára, y con efecto, vamos á ver hasta qué punto en el cuarto Concilio Toledano acreció el poderío y la influencia de la Iglesia española.

28. Presidiólo San Isidoro, y entre los cánones que se definieron y sancionaron, aparecen, en primer término, el que concede al clero con la inmunidad personal la exencion de las contribuciones, causa más tarde de gravísimos conflictos.

29. Constituyóse tambien á los obispos en censores legales de la autoridad judicial y civil, toda vez que se les encargó amonestasen á los jueces y personas poderosas que oprimiesen á los pobres, y que, caso necesario, acudiesen al rey para que los casti-

gase: quizás fuera preciso cobijar alguna vez con el manto religioso al débil contra el poderoso en aquella sociedad dura y enérgica, pero la intervencion que se daba á los obispos sobre todos los negocios y sobre todas las personas constituidas en dignidad era exagerada, y quizás fué fatal en lo porvenir tanto como provechosa cuando se otorgára.

30. Legislóse tambien contra los judíos, y aunque en los cánones de este Concilio se ve la influencia del sabio prelado que censurára las persecuciones de Sisebuto, y algo se templaron sus rigores, las disposiciones que les arrancaban sus hijos para que fueran educados en el cristianismo, les obligaban á convertirse ó separarse de sus mujeres cristianas, á romper toda relacion con los demas judíos, una vez convertidos, y otras, fueron tambien causas de tristísimos sucesos posteriores.

31. Esto por lo que respecta á la parte civil; pero áun en este Concilio se legisló sobre cosas de mayor importancia; la monarquía goda, que, como hemos visto, se habia regido por un derecho consuetudinario, carecia de leyes fundamentales, de leyes políticas, como hasta Eurico habia carecido de leyes civiles escritas; pues bien, esas leyes fundamentales, esas leyes políticas, cuya formacion es la más alta y noble manifestacion de la soberanía, se dictaron en este Concilio. Arreglóse en él todo lo concerniente á la eleccion de los reyes; la forma en que habia de hacerse y las penas en que incurrian los que atentasen á su poder y á su vida.

32. Sisenando, pues, auxiliado por el cuarto Concilio de Toledo, fué un verdadero legislador, y por cierto que sus leyes pueden considerarse como de importancia suma, así en lo civil como en lo político y fundamental.

33. Chintila vino á suceder á Sisenando; convocáronse durante su reinado dos Concilios, el quinto y el sexto; en ambos se ratifica y sanciona de nuevo lo preceptuado en el cuarto, y se trata de dar mayor fuerza y vigor á todas las disposiciones de carácter político y religioso. En lo civil sólo hallamos un cánon sobre la propiedad de los bienes donados por los príncipes, y si civil puede considerarse el *derecho de gracia* concedido á los reyes, la prohibicion de condenar á nadie sin que el acusador esté presente y las penas á los traidores que se pasan al enemigo.

34. Chindasvinto, sucesor de Tulga, hijo de Chintila, se opone

á la influencia del clero, no porque se separára de las ideas piadosas de sus antecesores, ni dejase de respetar á la Iglesia, sino porque, celoso de la dignidad real, quiso ejercerla solo.

35. En su reinado la legislacion progresa, se aumenta y se perfecciona de una manera notabilísima, hasta el punto de hacer ya innecesaria la *Lex romana*, permitiéndole derogarla, y haciendo así al pueblo español, compuesto de dos razas, uno ante la ley, como Recaredo lo habia hecho uno ante Dios.

36. El sétimo Concilio Toledano, que se celebró bajo Chindasvinto, es notable precisamente porque en él se decretó la derogacion de las leyes romanas y se limitaron ciertos derechos de los obispos durante las visitas.

37. Recesvinto sucede á su padre Chindasvinto, corona la grande obra iniciada por Eurico y seguida por todos los reyes godos de algun valer, la obra á que especialmente Leovigildo, Recaredo, Sisenando y Chindasvinto habian aportado su contingente, la unificacion definitiva de las dos razas, y la verdadera formacion del pueblo godo, mejor dicho, del pueblo español. El Concilio octavo echa su sello á esta grande obra; en él se decretó la libertad de matrimonios entre godos y romanos, prohibidos hasta entónces; se ratificó la derogacion absoluta y completa de la legislacion romana, y se legisló de nuevo, bajo el punto de vista político, sobre la eleccion de los reyes, que se encomendó á los obispos y próceres del palacio; finalmente, no se olvidó tampoco hacer algo contra los judíos.

Como legislador es innegable la gloria de Recesvinto, y quizás para mejor asegurar y sancionar de una manera más grande, más enérgica y duradera sus leyes cubriéndolas con el manto religioso, tan poderoso entónces, reunió el octavo Concilio Toledano.

38. Si tenemos en cuenta lo que de la historia de este período llevamos dicho; si nos fijamos en las condiciones de carácter de Leovigildo, de Chindasvinto y de Recesvinto, en el pensamiento dominante en estos reyes y en las necesidades y aspiraciones del pueblo godo, no nos atreverémos á negar que la senda roturada por Eurico se siguiera por sus esclarecidos sucesores, y que tanto Leovigildo como Chindasvinto y Recesvinto diesen á su pueblo colecciones de leyes que preparasen el ansiado momento de consolidar la nacionalidad española, y poder, como hicieron los dos últimos, derogar por completo la legislacion romana, sancionada

hasta cierto punto y aceptada en el Breviario de Aniano; pero aquí se suscita una doble cuestion: ¿el código ó códigos que se dieran con este objeto fueron el Fuero Juzgo? Si no lo fueron, y si, como algunos autores creen, el Libro de los Jueces se formó mucho tiempo despues, esas compilaciones ¿qué fueron?

39. Para más adelante dejamos el tratar de si el Fuero Juzgo se compiló tal cual ha llegado hasta nosotros, en tiempo de los tres reyes indicados ó en otros muy posteriores; lo que indicarémos solamente es que, aunque la mayor parte de las leyes de que consta sean de esta época, el código parece posterior. De creer es que en los tiempos que nos ocupan y por los reyes citados se dieran compiladas las leyes que promulgáran, ya aumentando la *Lex Wisigothorum* de Eurico, ya sustituyéndola con otras compilaciones más perfectas y completas, pero de las que ni fragmentos han llegado hasta nosotros.

40. Á la muerte de Recesvinto la nobleza goda pone los ojos en Wamba, uno de los próceres del reino; le eligen rey, y contra su voluntad y amenazándole con la muerte, le obligan á aceptar la corona, que sostuvo con gloria como político y como guerrero. Durante su reinado celebráronse en Toledo los Concilios noveno, décimo y undécimo, pero sólo se ocuparon de asuntos eclesiásticos, que no era Wamba quien consintiese poder alguno al lado de su poder y autoridad.

Una conspiracion de los mismos grandes quizá, que con amenazas le obligaron á aceptar el trono, se aprovechó de una enfermedad de Wamba para vestirle el hábito religioso, y mirándose esto por las leyes godas como una causa de incapacidad para reinar, Wamba fué destituido y ocupó el trono Ervigio.

41. No se encuentran en Ervigio las dotes de carácter que brillaron en Wamba; débil é irresoluto, contribuyó á la decadencia iniciada ya del imperio godo, si bien como legislador parece caberle la gloria de haber sido el que dió la última mano al Fuero Juzgo.

42. Reunióse en su tiempo el duodécimo Concilio Toledano, notable por lo grave y trascendental de sus disposiciones relativas al derecho político y civil: en él se sancionaron nuevas leyes contra los judíos; derogáronse las de Wamba, que imponian severas penas al que no acudiese á las armas en caso de peligro para el país; se extendió la inmunidad local de las iglesias, llevándola

hasta treinta pasos de distancia en derredor, y como coronamiento de la obra, el Concilio examinó el hecho del destronamiento de Wamba y la exaltacion de Ervigio al trono, y absolvió y confirmó á éste, aprobando y sancionando la traicion ejercida contra aquél.

43. Como consecuencia precisa é indeclinable del Concilio duodécimo viene el décimotercio, cuya accion é iniciativa en la legislacion es de suma importancia; ocupóse este Concilio de moderar los impuestos y cargas que sobre el pueblo pesaban, perdonando al mismo tiempo los atrasos; declaróse que á los que gozasen de empleos en palacio no se les pudiese desposeer de ellos, ni prender ni atormentar sin prévia audiencia pública y plena probanza del crímen cometido; prohibiéronse los matrimonios entre familias muy desiguales, al mismo tiempo que la concesion de empleos á los individuos de las clases bajas y á los esclavos y libertos que no fuesen del rey, sin duda con objeto de evitar el engrandecimiento de la plebe, que quizás se hacía más poderosa, á proporcion que los grandes se sumian en la abyeccion.

44. Bajo el punto de vista político, tras de la amnistía concedida á los rebeldes que aún quedaban de la insurreccion de Paulo contra Wamba, se dictaron leyes para asegurar el respeto, consideracion y viudedad debidos á las familias y mujeres de los reyes; pero se prohibió á éstas el que contrajeran segundas nupcias, ni áun con el sucesor al trono de sus maridos.

45. Reinando Egica, yerno y sucesor de Ervigio, se celebraron los Concilios diez y seis y diez y siete, los cuales son notables sobre todo por las leyes dictadas contra los judíos y contra la idolatría, pero ensañándose sobre todo con aquéllos, pues se les arrancó de sus hogares, se les dispersó por todas las provincias de España, se les condenó con sus mujeres é hijos á la esclavitud, se les quitó de nuevo á sus hijos para hacerlos cristianos á la fuerza y se les vejó de todas las maneras posibles.

46. En pos de Egica, y revelándose una vez más, y la última por cierto, la tendencia hereditaria, que los acontecimientos y algo de fatal habian siempre destruido, viene Witiza, hijo de Egica, á sucederle en el trono. Velados están en la sombra y en el misterio su reinado, su vida, sus condiciones de carácter y hasta su muerte misma; presentado en la historia como triste ejemplo de todos los vicios, de toda la degradacion, que ya eran generales en

el pueblo godo, es víctima de una conjuracion dirigida por Rodrigo, descendiente, segun algunos, de Chindasvinto, y que, como siempre, en premio de su rebelion ocupa el trono.

47. Encontrados pareceres y opiniones se dividen el campo cuando se trata de la historia de este rey, como á Witiza; se le presenta tambien encenagado en los vicios y en la molicie; ello es lo cierto que, sin variar en nada las condiciones históricas que han venido acompañando á la monarquía goda, cuya sucesion casi constantemente se debió á las conspiraciones y á los asesinatos, Rodrigo, rey por una conspiracion, por otra deja de serlo; pero hasta aquí las rebeliones, los asesinatos, las traiciones, sólo influian directamente y por el momento en la persona del monarca; la que costó el trono y la vida á Rodrigo borró para siempre del cuadro de la vida al pueblo godo.

48. La monarquía que, fundada por Alarico, habia realizado tan altos fines y grandes pensamientos; la monarquía que habia llegado á brillar como el sol por su poder, por su extension territorial, por su ciencia, por su amor á la justicia; la monarquía que habia conseguido, cambiando, modificando, destruyendo los gérmenes romanos del mundo antiguo, hallar en su seno la unidad armónica del mundo moderno, y crear así una nacionalidad enérgica, fuerte y vigorosa, se vicia, decae en pocos años de una manera terrible, y perece en el trance de una sola batalla.

49. El ejemplo tristísimo de Sisenando buscando en extrañas gentes el apoyo y auxilio para escalar y usurpar un trono no fuê perdido, y los partidarios de Witiza, queriéndolo vengar, satisfacer sus odios, y tal vez alguno de ellos ocupar el trono en que Rodrigo se asentaba, pero no hallando fuerza bastante en el seno de su bandería para realizar su pensamiento, ya porque la nacion, perdida su dignidad, su energía, su independencia, viera indiferente las luchas de la ambicion personal y mezquina, y se cuidára poco de cambiar de señor, como hemos dicho sucedió al pueblo hispano-romano cuando la irrupcion; ya porque Rodrigo no fuera un rey tan malo y despreciable como la historia nos lo pinta, acudieron á un pueblo nuevo, enérgico y numeroso, que acababa de asentar su planta en el Africa, y pasan el estrecho los árabes y toman posesion de España para dominarla durante ocho siglos.

50. La historia, que nos ha conservado para eterno baldon los

nombres de los jefes principales de la traicion, de los hombres que vendieron su patria al agareno, no nos ha conservado memoria de lo que sería mucho más importante conocer, de las causas ocasionales de la gran catástrofe.

51. Durante mucho tiempo, y casi sin contradiccion, se ha venido presentando como sola y exclusiva causa de la invasion el ultraje hecho por Rodrigo á la hija del Conde D. Julian, gobernador de Ceuta, vengado por éste dando entrada á los árabes; pero hoy esta version está completamente desacreditada por la crítica y por la filosofía, que buscan causas más generales, más importantes y más graves para producir un acontecimiento sin igual en la historia del mundo, cual es el de una nacion grande, sábia y poderosa, que desaparece en absoluto y para siempre en una sola batalla.

52. Desde que Eurico dió al pueblo godo el primer código; desde que Alarico refundió en su *Breviario* todo cuanto del Derecho de Roma estaba vigente en España para modificarlo, darle carácter gótico y acercar leyes á leyes, para acercar así razas á razas y civilizaciones á civilizaciones, todos los grandes monarcas trabajaron en la grande obra, todos ellos fueron auxiliados en empresa tan importante por el clero y los Concilios, hasta compilar el magnífico y nunca bien ponderado código visogodo que se conoce hoy con el nombre de FUERO JUZGO.

53. La obra de preparacion para llegar á este resultado fué constante, pero larga y difícil; hízola el pueblo godo con exquisito tacto, con inteligencia tan peregrina, con tal acierto, que áun hoy admira y pasma. Siguió en ella, quizás sin conocerlas, las más altas prescripciones de la ciencia; se apoyó con saber profundo en el pasado, como lo demuestra el *Breviario Alariciano;* pero lo mejoró, lo modificó, mezclándolo, ligándolo en estrecho vínculo con lo nuevo; pero lo modificó, y firme en esta doble piedra angular del magnífico edificio que intentaba construir la gente goda, hace progresar de una manera notable su legislacion.

54. Tal vez sin la intervencion del clero católico hubiese preponderado ménos el elemento romano, pero es muy difícil decidir si esto, en lugar de ser un bien, hubiera sido un mal grave en aquellos tiempos y en aquella civilizacion.

55. Ello es lo cierto que la fusion de los elementos legales de las dos razas se vino realizando lentamente, pero con una seguridad

extrema, y que jamas el pueblo godo retrocede cuando ha dado un paso hácia adelante.

56. Producto, sin duda alguna de este lento, pero calculado y magnífico movimiento hácia la unidad legislativa, política y social, fué el *Libro de los Jueces* ó *Fuero Juzgo*, compilacion de carácter gótico sin duda, pero en la que el elemento romano aparece tal vez más potente que en ninguno de los códigos de aquella época.

57. Podemos, pues, asegurar con plena conciencia y sin temor de ser desmentidos, que el *Fuero Juzgo* es un libro de grande importancia civil, política y social: como manifestacion de la cultura, del saber, de los conocimientos filosóficos y científicos del pueblo godo, digno de profundo y concienzudo estudio, así como de respeto y alabanza, este código realizó un gran pensamiento, cual es el de la unificacion de la nacionalidad española, destruyendo por completo y en absoluto todas las diferencias entre vencedores y vencidos, y no ciertamente como hacian los antiguos, esclavizando, dominando ó destruyendo á los vencidos, sino por el contrario, elevándolos hasta el nivel de los conquistadores, y áun á veces dejándolos sobreponerse, como se sobrepuso el clero, demostrándose así de una manera clara y palpable hasta qué punto rendian tributo á la ilustracion, á la ciencia y á la virtud.

58. El exámen que del código en cuestion harémos demostrará hasta qué punto es notable por la razon, alta justicia y bondad innegables que brillan en sus leyes, pues si hay algunas que hoy pueden pasar y considerarse defectuosas ó crueles, ni puede juzgársele por el prisma de la ciencia de los siglos modernos, ni áun en éstos y en muchos puntos de la culta Europa se habian olvidado esos defectos y crueldades; muy al contrario, habian tal vez revestido más terribles y repugnantes formas.

59. Por punto general, cuantos de él se han ocupado le conceden grandísima importancia, y especialmente los autores españoles, envanecidos con justicia, no sólo la han considerado como una obra perfecta con relacion á su época, sino como el monumento más preciado de nuestra legislacion indígena, segun hemos indicado con repeticion, al par que señala el verdadero momento histórico en que se hace la absoluta y completa separacion entre la España nacion y la España provincia de Roma, y pone término á la dominacion que las leyes de la señora del mundo antiguo viniera ejerciendo en nuestro suelo.

60. No exageremos, sin embargo; el *Libro de los Jueces* no destruyó por completo, porque ni podian ni debian destruirse, las raíces que la dominacion romana y su Derecho habian echado en nuestro suelo; por el contrario, aceptó mucho, y aunque en él quedó por completo derogado el Derecho de la antigua señora del mundo para todos los españoles, y aunque en muchas instituciones se separa en absoluto del Derecho civil romano, prescindiendo de él para crear, no sólo nuevas leyes, sino nuevos usos y nuevas costumbres acordes con la civilizacion que nacia, tambien es cierto que en muchas otras descubre la filiacion romana, no tomada del Derecho Justinianeo ni de los códigos que este emperador y sus sucesores promulgaron, sino de la verdadera legislacion romana, esto es, de la legislacion de la república y del imperio encerrada en los códigos y escritos que sirvieron de base al *Breviario Alariciano*, del cual sin duda alguna están tomadas, pues casi se puede asegurar, teniendo en cuenta, por una parte, el silencio de San Isidoro, y por otra, el profundo desprecio con que los godos miraban al imperio de Constantinopla por su degradacion y sus vicios, que los prelados españoles, que tanta parte tomaron en la confeccion del *Libro de las Leyes*, ó desconocian, ó no apreciaban, caso de conocerlas, las compilaciones allí formadas.

61. Que hay mucho romano en él, pruébalo que están copiadas literalmente del *Breviario Alariciano* muchas disposiciones, y en otras se ve clara la derivacion (1) romana, aunque no tengan su orígen ni se refieran al mismo *Breviario*.

62. No faltan autores que, ó poco conocedores del código visigodo, ó apasionados contra España, quieran negar la originalidad y el mérito del *Fuero Juzgo*, ya, como verémos luégo, tachándolo de bárbaro, ya sosteniendo que tomó su orígen y copió no poco del código bávaro: creemos infundada esta opinion con sólo tener en cuenta que el *Fuero Juzgo* es una compilacion basada en la *Lex Wisigothorum* de Eurico, y que ésta es muy anterior al código de los bávaros. En vista de esto, de la alta ilustracion de los godos y del clero, que tanto influyó en su formacion, siendo un hecho innegable tambien que todos los pueblos que se repartieron el mundo romano eran muy inferiores al que se asentó en España,

---

(1) *Fuero Juzgo*, lib. IV, tít. I-III, ley 3.ª—Lib. III, tít. II, ley 1.ª

nos parece más natural que los bávaros tomáran para su código del de los visigodos, que no los visigodos de aquéllos, como opina Mr. de Savigni (1).

63. Aunque no damos demasiada importancia á las cuestiones de erudicion, como se trata del primer código verdaderamente español que ha llegado íntegro hasta nosotros, y como es imposible desconocer su raro mérito, vamos á permitirnos algunas pequeñas digresiones ; versará la primera sobre el rey que lo mandára formar y la época en que se promulgára.

64. Entre las distintas opiniones sustentadas por los críticos y los historiadores acerca de quién fuera el autor del *Fuero Juzgo*, hay quienes le atribuyen á Recaredo, quienes dicen que Sisenando lo mandó compilar en el Concilio IV de Toledo, fundándose en una inscripcion que así lo dice, puesta en uno de los códices romanceados ; pero ésta, que no existe en ninguno de los latinos, contiene várias equivocaciones respecto á la era en que se celebró el Concilio y el número de obispos que concurrieron ; estos errores quitan desde luégo toda su importancia á la inscripcion. Por otra parte, íntegras se conservan las actas y *Tomo regio* del Concilio IV, y segun dice el Sr. Pacheco (2), el no hablar nada en ellas de un hecho tan importante, demuestra que no fué en ese Concilio ni en el reinado de Sisenando cuando se compilára. Este argumento no tiene gran fuerza á nuestro entender, porque no hallamos tampoco otro Concilio en que se haga indicacion alguna respecto á este código. Parécenos que la razon más plausible que puede aducirse es la de que el *Fuero Juzgo* significa el último paso para la unificacion del pueblo godo y romano, y ni esta unificacion tuvo lugar en tiempo de Sisenando, ni ambas razas estaban para ella preparadas.

65. Más acertados andan, á nuestro entender, los que lo atribuyen á Chindasvinto, si bien conviniendo en que fué corregido y aumentado por Recesvinto en el VIII Concilio de Toledo, por Ervigio en el XII, y por Egica, en fin, que encomendó este trabajo al Concilio Toledano XVI (3). Parécenos que el haber pro-

(1) *Histoire du Droit romain dans la moyen âge.*

(2) *Introduc. al Fuero Juzgo.*

(3) Lardizábal, *Discurso sobre la legislacion de los visogodos.*— Sempere, *Historia del Derecho español.*—Martinez Marina, *Ensayo sobre la legislacion*, lib. I.—*Fuero Juzgo*, lib. II, ley 8.ª y 9.ª, tít. I y ley 4.ª, tít. II.—Ley 2.ª, tít. V, lib. II.—5.ª, tít V, lib. III.—13, tít. V, lib. VI.—*Tom. Reg. Con. Tol.* VIII y *Tom. Reg. Con. Tol.* XVI.

hibido Chindasvinto que se citáran leyes romanas, y el mandato de este rey para que los tribunales se rigiesen por leyes propias, así como el encargo de su hijo Recesvinto al Concilio VIII de Toledo para que revisase las leyes, el haber confirmado la prohibicion de su padre, conminando con treinta libras de oro al litigante que presentára otro Código que el suyo y á los jueces que no le rasgáran, pueden ser pruebas para atribuir el honor de haber formado este código á Chindasvinto; así como á sus sucesores, cuyos nombres dejamos indicados, el haberlo corregido y perfeccionado.

66. Hay, sin embargo, autores muy respetables que sostienen que el verdadero código conocido hoy con el nombre de *Fuero Juzgo* no se completó hasta el reinado de Egica, en el Concilio Toledano XVI.

67. Sea de esto lo que quiera, ello es lo cierto que, más ó ménos completo, con otro nombre quizás del con que hoy se le distingue, en tiempo de Recesvinto habia ya una ley comun á todos los españoles y lo bastante perfecta para poder suplir á la legislacion romana y permitir su derogacion.

68. Como hemos dicho, el código visigodo que ha llegado hasta nosotros con el nombre de *Fuero Juzgo*, puede y debe considerarse como el único y precioso monumento que nos queda de la legislacion indígena y propia del pueblo visigodo; pero no se crea por esto que al formarlo se rompió por completo y en absoluto con la legislacion romana que durante muchos siglos habia dominado en España, no; los compiladores del *Libro de los Jueces* se apoyaron en aquélla como punto de partida; no quisieron prescindir del pasado, sino, por el contrario, fijar en él la planta para lanzarse á lo porvenir; así, pues, al examinar, como vamos á hacer muy en breve, el *Fuero Juzgo*, tendrémos lugar de señalar las leyes que tienen orígen y carácter romano.

69. Suscítase tambien, y no carece de importancia crítica, la cuestion de en qué idioma se escribió. Si tenemos en cuenta el estado de civilizacion de aquellos tiempos, la preponderancia del clero y de los vencidos hispano-romanos, que el idioma de éstos era el latin, que el latin era tambien el idioma en que se escribian las actas de los Concilios, así como la parte activa que en la confeccion del código que nos ocupa tomaron los padres toledanos, no será aventurado asegurar que el original se escribió en latin. ¿Fué en latin puro? Ciertamente que no, porque el código se es-

cribia, así para uso de los hombres de ciencia como para el pueblo, y es claro que éste ni hablaria ni entenderia el latin puro en que están escritos los cánones de muchos Concilios de Toledo; parécenos que esta opinion debe ser más aceptable, á proporcion que más se retarda la época de la promulgacion del *Libro de los Jueces*, porque es indudable que en tiempo de Egica, de Witiza y de Rodrigo el elemento romano en todo debia preponderar sobre el gótico.

70. Esta es la opinion de Lardizábal (1), que sostiene que el código primitivo es el que conocemos escrito en latin, contra la opinion de Mello (2), que con otro sostiene que se escribió en lengua gótico-española. Otros creen que se escribió simultáneamente en latin y en romance, y Mr. Savigni cree que, escrito en latin, corria tambien para uso comun una version en lengua goda. Parécenos que lo que llevamos indicado puede darnos algunos medios racionales de fijar la cuestion, nacida quizás de que no se habla de código ó compilacion visigoda sin fijarse sola y exclusivamente en el *Fuero Juzgo*, prescindiendo de que haya podido haber otros anteriores; bajo este aspecto, y suponiendo, como hemos dicho, el código compilado en los últimos tiempos de la monarquía goda, no cabe duda, racionalmente debe creerse que se escribió en latin.

71. Pero el movimiento legislativo de la gente goda en España, con una tendencia grande, noble y nueva en el mundo, comienza en Eurico, y es necesario tener muy presente que el pueblo conquistador de Eurico, de Leovigildo, y áun del mismo Recaredo, no es el pueblo de Ervigio, Egica y Witiza.

72. Cuando á raíz de la invasion estaba España dividida en dos razas; cuando la raza goda despreciaba á la romana; cuando entre las costumbres, los hábitos, la religion de la una y de la otra habia tan enormes diferencias, y cuando tan distintas eran en su orígen, es necesario creer que no hablarian un mismo idioma ambos pueblos. No habia de abandonar el suyo el romano que, aunque vencido, estaba orgulloso de su civilizacion; no el godo, que no tan fácilmente se aceptan las costumbres y el idioma del vencido en algun tiempo. Las leyes, pues, las compilaciones en que

(1) *Discurso preliminar al Fuero Juzgo.*
(2) *Historia del Derecho civil de Portugal.*

desde Eurico se vinieran reuniendo las costumbres de los godos, traducidas ya á derecho escrito, debieron escribirse en el idioma de los godos, como en latin se escribió el primer código que se diera á la raza romano-hispana, el *Breviario de Aniano*. Desde Eurico hasta Leovigildo, el progreso es maravilloso é incesante, y cuando la conversion de Recaredo rompe la barrera que más debia separar á ambos pueblos, que era la diferencia de creencias religiosas, y cuando más tarde sus sucesores dan la unidad política y la doméstica, y cuando el clero con su ciencia y sus virtudes prepondera en todas las esferas del saber, del poder y de la vida, es claro que el idioma de los godos debió irse perdiendo, latinizando, sobre todo entre las gentes de clases elevadas; por eso, si poseyéramos todos los trabajos que desde Eurico se vinieron sucediendo hasta producir el *Fuero Juzgo*, casi podria tenerse un estudio preciosísimo de cómo el idioma, tal vez rudo, sencillo y enérgico de los antiguos scitas, se convirtió paso á paso en un latin quizás más corrompido que el en que el *Fuero Juzgo* está escrito.

73. En cuanto á la version al romance, es ya hoy cosa indudable, como verémos despues, que se hizo en tiempo de D. Fernando III el Santo y de su hijo D. Alfonso el Sabio, para darlo, como lo dió él primero, por Fuero á Córdoba en 4 de Abril de 1241.

74. Dejando á un lado estas cuestiones, más importantes sin duda alguna para los críticos que para los hombres de ley, aunque no carezcan completamente de interes para éstos, procedamos á hacer una rápida reseña del libro que nos ocupa.

# LECCION VI.

**Historia del Derecho.—Segunda época. Goda.**
**—Segundo período desde Chindasvinto á la irrupcion árabe,**
**período de unidad legal.**

## CAPÍTULO SEGUNDO.

**SUMARIO.**

1. Estudio sobre el *Fuero Juzgo*, su division en libros, títulos y leyes.—2. Breve reseña del título preliminar.—3. Del libro primero.—4. Del segundo.—5. Del tercero.—6. Del cuarto.—7. Del quinto.—8. Del sexto.—9. Del séptimo.—10. Del octavo.—11. Del noveno.—12. Del décimo.—13. Del once.—14. Del doce.—15. Opiniones de varios escritores nacionales y extranjeros respecto al mérito de esta compilacion.—16. Ediciones que de ella se han hecho.—17 y 18. No se realizó el pensamiento dominante en los autores de este código; causas de ello.

1. Divídese este código, lo mismo en las ediciones latinas que en las castellanas, en doce libros, á los que precede un título que se echa de ménos en muchos códices. Los libros se dividen en títulos, y éstos en leyes, que unas se encabezan con el nombre del rey que las promulgó, otras, que puede suponerse procedentes de antiguas colecciones, carecen de epígrafe, y en algunas se lee *antiquas*, *noviter emendata*, que sin duda son tomadas de la primitiva *Lex Wisigothorum*, si se tiene en cuenta la analogía que entre aquéllas y las que de ésta, conservadas por el palimsexto, existe.

Es digno de tenerse en cuenta que la forma perfectamente artística del código, el encerrarse en él toda la doctrina legal necesaria para regir un pueblo, puesto que en el título preliminar se encierran principios políticos de alta moralidad y que demuestran conocimiento no escaso de la ciencia del Derecho, y en los restantes se contiene el Derecho público y privado de aquellos tiempos, prueban por una parte la influencia romana, y por otra la alta ci-

vilizacion del pueblo godo; el *Fuero Juzgo* no es el producto de una civilizacion primitiva é informe, no; es, por el contrario, la manifestacion científica de un pueblo poderoso é ilustrado, conocedor de la ciencia del Derecho y capaz de vivir por el Derecho.

Como hemos dicho, el código encierra todas las manifestaciones posibles del Derecho, desde las más filosóficas hasta las más prácticas, desde las del Derecho político, y que hoy llamariamos constitucional, hasta las del Derecho privado en todas sus diversas fases; es un cuerpo de legislacion completo y acabado; de nada se ha prescindido en él, nada se ha olvidado: como obra notable y digna de estudio se presenta el

## TÍTULO PRELIMINAR.

2. La doctrina encerrada en este título, cuyo epígrafe es *De legislatore*, y que contiene diez y nueve notabilísimas leyes, puede decirse que abraza todo el Derecho *público* y *político* de la monarquía goda; es indudable, teniendo en cuenta el contexto de sus leyes, que todas ellas se hicieron en los *Concilios Toledanos*, desde Sisenando, que inició este trabajo en el IV para poder garantizar su usurpacion, hasta el XVI, en que parece se dió la última mano á la compilacion que nos ocupa.

Basta esta indicacion si al propio tiempo recordamos cuanto relativamente á los Concilios de Toledo hemos dicho para poder apreciar toda la copia de ciencia y de saber que en el título preliminar se encierra; por donde quiera brillan en él máximas notabilísimas de justicia, de moral y de piedad cristianas, que si hoy nos parece alguna de ellas extraña á una ley ó á un código, no lo eran ciertamente en la época en que el *Libro de los Jueces* se escribió.

Señálase la forma monárquica electiva como gobierno para España, que, como hemos visto, á pesar de la tendencia constante á hacer hereditaria la monarquía, no pudo conseguirlo; como consecuencia de los cambios y movimiento incesante que esto habia de producir, se trató de evitar ciertos males gravísimos y que podian acusar una inmoralidad profunda, y de aquí las leyes en que se trata, no sólo de asegurar la existencia de la corona en las sienes del poseedor, sino, lo que es más de garantir, á su mujer y sucesores, aunque no ocupen el sólio, todas las consideracio-

nes que merecen los que han ocupado tan alta jerarquía ; se da una idea de la dignidad real y se señalan los derechos y obligaciones de los monarcas de una manera tal, con tal justicia, con tan alta filosofía, con tan sábia y profunda prevision, que ningun código de aquellos tiempos ni de otros más modernos puede sufrir con ventaja la comparacion; excusado pareceria decir que, á pesar de lo indicado, la monarquía verdaderamente goda, aquella monarquía , nacida en las orillas del Danubio, en que el monarca era solamente el primero entre sus iguales, habia desaparecido por completo, y que la monarquía del Fuero Juzgo quizás no conserve otro recuerdo de aquélla que la célebre máxima «Rey serás si fecieres derecho, et si non fecieres derecho non serás rey.»

Pero al mismo tiempo que se liga á los monarcas por los lazos de estrechísimos deberes, se fijan tambien cuáles son los de los súbditos, y se fulminan anatemas contra los que los violen, puesto que por punto general las penas que se aplican á las violaciones todas de las leyes contenidas en este título son eclesiásticas, y por lo tanto, excomuniones ; prueba evidente de la alta intervencion que en la obra de codificacion gótica tuvieron el clero y los Concilios ; quizás tambien medio el más enérgico para tener á raya á aquellas naturalezas ambiciosas y á aquellos caractéres de hierro, que no temian al castigo ni á la muerte, pero que doblaban las rodillas y humillaban hasta el polvo la cabeza ante los rayos de la religion y del Eterno ; no nos parece nuevo por cierto el fenómeno, sino, muy al contrario, propio y característico de toda civilizacion algo primitiva; la fuerza en ellas dominante siempre no tiene otro contrapeso ni otro correctivo que la fuerza, cuyo choque puede producir la destruccion de uno ó de todos los elementos contrapuestos, ó el poder de la divinidad revelado por las formas religiosas, que domina sin destruir, que humilla sin anonadar, y que termina siempre por preparar el triunfo de la razon, de la justicia y del Derecho.

Márcanse las formas de la eleccion y las personas en que puede recaer, y la consideracion que deben tener los bienes del rey, segun sea su clase y procedencia.

Indicado ya en globo el contenido del título preliminar, hagamos una ligerísima indicacion de los epígrafes de las diez y ocho leyes que contiene.

Las leyes 1.ª y 2.ª, cuyo epígrafe es «De la eleccion de los prín-

cipes y de lo que ganan», porque la 1.ª, más bien que ley, parece un Prólogo en que se explica por quién, en qué época y con qué objeto se redactó el código; trata de cómo debe ser *esleido* (elegido) el rey, que ántes se ha definido y caracterizado por cierto muy sábiamente y con un alto pensamiento de justicia; da el derecho de elegir á los obispos, magnates y pueblo, y manda que la eleccion se haga en la ciudad de Roma ó en aquélla donde murió el príncipe á quien va á darse sucesor; exige, no sólo que sea de la fe cristiana, sino que la defienda de los herejes y de los judíos.

Respecto, pues, á las cosas que *ganan*, esto es, que adquieran ó posean, se señala cuándo por muerte del príncipe han de pasar á sus herederos ó á los sucesores en el trono.

La ley 3.ª habla «Del amonestamiento de los obispos contra (respecto) los príncipes, como deben ser mansos contra sus sometidos»; encierra los más bellos y sublimes principios de moral y de justicia, y puede decirse que es una guía importantísima para que los reyes puedan hacer la felicidad de sus pueblos; termina esta ley conminando con los anatemas y excomuniones eclesiásticas á los reyes que dejen de cumplir sus preceptos y maltraten ó tiranicen á sus súbditos.

La ley 4.ª trata «Del degredo (decreto, ley) de los príncipes, cómo deben gobernar el pueblo con piedad», y no sólo continúa las prescripciones de las anteriores, sino que insiste en asignar al Estado la propiedad de los bienes adquiridos por el rey durante su reinado, lo cual parece demostrar que los reyes por ambicion personal, y con objeto de asegurar á sus familias un porvenir, del que les privaba la electividad de la corona, depredaban y empobrecian á los pueblos; es notable y digno de llamar la atencion que en esta ley, hecha segun nota final *eno quinto concello de Toledo*, se hable de Chindasvinto y Recesvinto, si bien es de notar tambien que en el original latino se señala esta ley como hecha *ex concilio Toledano* VIII, con lo cual la contradiccion desaparece.

Las leyes 5.ª, 6.ª, 7.ª y 8.ª, formadas en el IV y V Concilios Toledanos tienen importancia no escasa, toda vez que se ocupan de la cuestion gravísima de los atentados á la persona del rey, con el objeto de ocupar el trono ántes de que el poseedor falte; como debe suponerse, las penas con que se castiga atentado semejante son la excomunion y separacion consiguiente del gremio de la Iglesia y de los cristianos; insistimos en lo dicho; tal vez no ha-

bia en aquellos tiempos una pena más grave ni que mejor pudiera contener las ambiciones que la sancion religiosa; no fué quizás el mal la aplicacion de esa pena, sino la desigualdad con que se aplicára segun los casos.

Complemento de estas leyes son sin duda alguna las 9.ª, 10, 11, 12, 13, que hablan «del que quebranta el juramento de fidelidad hecho al rey; de los clérigos é de los legos que esleen (eligen) el príncipe en vida de otro, y de la garda de la vida de los príncipes.» Como el mal era tan grave, como debian sentirse por todos los tristes resultados del contínuo conspirar de los magnates contra sus reyes, y como, á pesar de que algunas veces los mismos Concilios absolviesen al usurpador, no podian ocultarse á los padres los peligros que estas usurpaciones traian, que sin duda alguna fueron la causa ocasional de la invasion de los árabes y pérdida de la monarquía; no podemos extrañar que en estas leyes aparezca un lujo de severidad que verdaderamente está en contradiccion con la justicia y dulzura que por punto general resalta en el código visigodo. No es solamente la excomunion, no son solamente las penas civiles las que se aplican al culpado, no, hay algo más grave, hay algo más terrible, y es que la pena no es personal sino que alcanza á la descendencia del culpado. Sin duda alguna esta ley, la 11, que sanciona la trasmisibilidad de la pena, podria hoy, y mirada bajo el prisma de la ciencia y de la civilizacion moderna, señalarse como absurda y bárbara; pero lo más notable de la ley es que los padres del Concilio VI, segun la version castellana, del XVI, segun la latina que tenemos á la vista, no proceden por ignorancia de los verdaderos y sanos principios de la moral, de la justicia y del derecho, que sólo hacen responsables de sus actos al que los realiza, sino que comienzan la ley sentando esos principios, apoyándolos en textos de las santas escrituras para disculpar luégo por la enormidad del delito el que se falte á esos preceptos y se impongan penas trasmisibles contra lo estatuido por el Derecho, por la justicia, por la moral, por la razon, por Dios mismo.

La ley 14 es muy notable, porque puede considerarse como la iniciacion de ese derecho noble, grande y santo que ha asistido siempre á nuestros reyes, el *derecho de gracia*, atributo el más majestuoso y digno del monarca y de la monarquía.

Las leyes siguientes, hasta la 18, están destinadas á ga-

rantir la vida, la seguridad y libertad personal y los bienes de la mujer y los hijos del que dejó de reinar, de los odios, de las ambiciones y de los temores tal vez exagerados del nuevo monarca; comprendese perfectamente la necesidad de estas leyes allí donde, cambiando á cada momento, y casi siempre por medios reprobados, la persona que ocupaba el trono, debia quedar en pos de cada conspiracion y de cada usurpacion un resto interminable de odios y de venganzas por parte de los caidos, de temores por parte de los usurpadores, que debian ver en cada individuo de la familia destronada un enemigo y un vengador.

Para terminar este título, que, á pesar de la pesadez de muchas de sus leyes, de las repeticiones y de la suma de consejos y máximas morales que encierra, es muy notable, la ley 18 aconseja al rey que sea generoso con los que le sirven bien y son leales y fieles.

Tanto bajo el punto de vista histórico como bajo el crítico-filosófico, este título preliminar es digno de profundo estudio, y no puede prescindirse de él, aunque en muchos códices no exista.

Continuando nuestro estudio del célebre código, examinemos rápidamente el

## LIBRO PRIMERO.

3. Titúlase *De instrumentis legalibus*, compónese de dos títulos, y con el libro subsiguiente, puede decirse que es complemento del magnífico título preliminar que nos ha ocupado en los párrafos anteriores y del que hemos marcado los defectos y las excelencias. En efecto, el libro primero se ocupa *del facedor* de la ley *De legislatore* y de las leyes *De lege;* las nueve leyes del título I y las seis del II puede decirse que son un modelo de justicia y de ciencia. Como verémos por el análisis que del libro I vamos á hacer, sus quince leyes de carácter eminentemente político como el título preliminar, pero tal vez más importantes aún, como que son más generales, más prácticas y alcanzan á todos los tiempos, á todos los momentos históricos de la vida de los pueblos, forman un cuadro científico, ámplio y completo, en el cual el código se eleva á los más puros y filosóficos principios de la ciencia; no hay, como dice un notable escritor, abusos retóricos ni grandilocuencia en la forma, y pobreza y vanidad en el fondo, sino que por

todas partes brillan la razon, la profundidad de miras, la perfeccion y exactitud en el lenguaje.

Si en este momento nos fuera dado hacer un estudio comparativo del libro que nos ocupa con otros códices de distintas naciones de la misma época, y áun con muchos españoles de épocas muy posteriores, nos atrevemos á asegurar que la ventaja quedaria por el código visigodo, por la obra del siglo VII de nuestra Era.

Nada de lo que se refiere al legislador, sus condiciones, su aspiracion constante, lo que es y lo que debe ser la ley, por qué se hace, y cuál debe ser su forma, nada está olvidado en el Código godo; por el contrario, todo está dicho con claridad, con precision, hasta con elegancia; pero sobre todo, con razon, con verdad, con miras elevadas.

No sólo señala detenidamente las condiciones morales y de carácter que deben brillar en el *facedor* de la ley, sino que marca en el título primero, como condicion necesaria é inapelable de la ley, el que se haga *comunalmientre* para provecho del pueblo y no por el exclusivo del legislador; de forma que no sólo tome como norma los preceptos y el temor de Dios para hacer bien á los *mayores é á los menores*, sino que lo haga de manera que todos le tomen como padre al par que como señor. Notables son las leyes 5.ª y 6.ª, que hasta indican el estilo de las leyes, pues al par que sanciona el gran principio de Derecho y de alta moralidad política y social de que el facedor de la ley más deba brillar en ella por sus buenos fechos y costumbres que por la belleza de la fabla, y más demostrar la verdad con fechos que non con dichos, en la ley 6.ª dice que *el facedor de la ley debe fablar poco é bien; é non debe dar iuycio dobdoso, mas lano, é abierto, que todo lo que saliere de la ley* que lo entiendan luégo *todos los que lo oyeren é que lo sepan sin toda dubda, é sin nenguna gravedumbre.*

No ménos digna de estudio y alabanza es la 9.ª, en que declara paladinamente que *la salud de todo el pueblo es en tener derecho y lo guardar; é la mayor gloria del facedor de la Ley es enseñar cuemo deveen seer guardadas las leyes.*

Puede decirse que todo el título II está destinado á definir y describir la ley, y como ya lo hemos indicado, lo hace de una manera admirable, que no desdeñarian los más aventajados filósofos de la edad moderna, y por cierto que, dada la grande influencia

que en el código visigodo hemos dicho que ejercieron los principios y la ciencia romana, parece imposible, y llama soberanamente la atencion, que la definicion y especie de estudio filosófico que de la Ley se hace en el Fuero Juzgo diste tanto de todo lo que en la palabra *ley* comprendió el saber del pueblo romano: en efecto, dadas las condiciones de ser de godos y romanos, segun desde hace largo tiempo nos la vienen pintando los autores, áun dada la inmensa superioridad de la civilizacion romana sobre la gótica, lo natural, lo lógico es que todo cuanto con la ciencia se roza y eslabona sea romano; así, pues, nos parecia que áun abundando el Libro de los Jueces en principios prácticos y de aplicacion del Derecho, que no son romanos, no podia, no debia separarse en la parte científica de los principios de la misma civilizacion que destruia; buena prueba de que no es enteramente exacto cuanto respecto á esto se ha dicho, que, por el contrario, los godos llegaron á un estado de civilizacion y de progreso muy superior al romano podriamos aducir con sólo recordar el contenido de este libro primero y de su título II. En primer lugar, la ley definida en la 2.ª de este título, como hecha «para demostrar las cosas de Dios, é que demuestra bien vevir, y es fuente de disciplina é que muestra el Derecho, é que face é que ordena las buenas costumbres é gobierna la cibdad é ama iusticia y es maestra de virtudes é vida de todo el pueblo», no pudo nunca ocurrírsele á los legisladores romanos, ni ser jamas la nocion de ley para aquel pueblo esencialmente materialista.

Empero como si áun no fuera bastante el definir la ley de una manera tan magistral, vienen en pos de la 2.ª, la 3.ª y 4.ª que la describen, y lo que es más, describiéndola, nos enseñan cuáles sean los caractéres constitutivos de la ley; la *generalidad* de la ley; la *igualdad* con que debe aplicarse; la manifestacion y *claridad* para que llegue á conocimiento de todos y no pueda nadie ser engañado; la *relacion* que debe guardar con el *tiempo* y con el *espacio;* su *bondad* y su *necesidad*, todo, todo está marcado en las leyes citadas de la manera más admirable y peregrina.

Todavía hay más; todavía se nos presenta la ley 6.ª, que parece destinada á coronar la obra; todavía esa ley, cuyo epígrafe es: «Que vence home de los enemigos de la ley», viene á enseñarnos el gran principio presentido, pero no desarrollado ni elevado jamas á enseñamiento ni precepto legal por el pueblo ni por la

civilizacion romana de que la fuerza se vence y se domina por el Derecho.

Finalmente, la ley 5.ª es una nueva definicion, una nueva nocion de la palabra *ley;* pero ya no tomada en la acepcion general, sino bajo un punto de vista especialísimo, en una manifestacion completamente desconocida del mundo antiguo, que se desconoció tambien durante muchos siglos despues de publicado el *Fuero Juzgo*, y que quizás es uno de los mayores timbres de gloria de la edad moderna el haberla hecho surgir científicamente, y el empezar á aplicarla científicamente tambien. « Esta fué la razon, dice el Código, por que fué fecha la ley; que la maldad de los hombres fuese refrenada por miedo de ella, é que los buenos visquiesen seguramientre entre los malos : é que los malos fuesen penados por la ley é dexaren de facer mal por miedo de la pena.»

Casi como continuacion y esclarecimiento de las doctrinas del libro que acabamos de examinar, puede considerarse el

LIBRO SEGUNDO.

4. Bajo el epígrafe *De negotiis causarum* trata de las leyes, pero bajo el punto de vista de uniformar la legislacion para vencedores y vencidos, que era el gran pensamiento que desde Eurico, sin interrupcion, viene caracterizando á la raza goda y á los reyes que la gobernaron en España ; conseguido ya bajo el punto de vista religioso político y social, era necesario conseguirlo bajo el del Derecho, y por eso se deroga en absoluto cuanto quedaba vigente del Derecho romano ; se prohibe citarlo como ley, si bien se permite en cambio, y casi hasta se recomienda, su estudio.

Declàranse obligatorias las leyes, así para los reyes como para los súbditos, toda vez que sobre la supremacía de la ley no puede existir ni reconocerse otra supremacía ni desigualdad; se prohibe alegar la ignorancia de la ley; se sanciona y establece el principio de la no retroactividad; se señalan los dias feriados y los en que se puede juzgar; se crea el poder judicial y la jurisdiccion, y se concede á los obispos cierta supremacía sobre los jueces.

Puede decirse, por punto general, que toda la parte concerniente á la *jurisdiccion* está bien tratada en las treinta y una leyes de este título, aunque con cierta difusion de máximas morales : es en él muy digno de notarse primero, que en su ley 29 se estable-

ce, de una manera clara, explícita y terminante, el principio de la responsabilidad judicial, así como en la 16 se castiga al que juzga sin jurisdiccion, la cual depende y es un atributo de la soberanía: segundo, que toda sentencia torticera que fuere dada, áun por mandato del rey, se invalide; y tercero, que se encarga á los obispos que vigilen la jurisdiccion y deshagan los agravios é injusticias que se cometan.

Los títulos restantes de este libro, aunque muy importantes, porque regulan toda la parte jurisdiccional y de enjuiciamiento, tienen el carácter de derecho privado y no el de público y constitucional ó fundamental, como el que hasta ahora nos ha ocupado. Así, pues, el título II que se encabeza «De los compezamientos de los pleitos», sanciona la obligacion en el demandado de concurrir al pleito; prohibe que la accion y los fallos judiciales se estorben por palabras ni por motines, boltas; establece la prescripcion de las acciones; prohibe toda composicion ó avenimiento entre los litigantes y en pleito pendiente con el acuerdo y conocimiento del juez, y consagra el sistema probatorio que ha de desarrollar más tarde.

El título III se ocupa de los abogados y procuradores; prohibe que puedan serlo las mujeres, si bien les permite se presenten en juicio en causa propia, y casi puede asegurarse que este título es esencialmente romano, y, sobre todo, que dista mucho de revelarnos un pueblo rudo y primitivo en el que tan bien ha sabido establecer las leyes del enjuiciamiento. Es notable la ley que prohibe á las personas poderosas que se presenten por sí en juicio, y les manda que lo hagan siempre por medio de personero.

No ménos importante y digno de estudio es el título IV, que encierra un sistema probatorio completo, y muy perfecto por cierto; su epígrafe es: «De las testimonias é de los que testimonian»; y por cierto que dando la preferencia á la prueba testimonial, previniendo que tenga lugar ante el juez que debe estudiarla, confrontarla y aquilatarla; sobreponiendo el valor de los documentos al dicho de un testigo, cuando haya contradiccion; prohibiendo que los reos de ciertos delitos puedan testificar, y exigiendo que las declaraciones no se den por escrito sino de viva voz ante el juez, demuestra que aquella sociedad estaba más adelantada que lo estuvo en siglos posteriores. Verdad es que por punto general no se acepta el testimonio del siervo, lo que no es

de extrañar, por que áun sobre éste pesaba el anatema del mundo antiguo que le privaba de toda personalidad; sin embargo, en ciertos casos, y á los siervos del rey, se les admite el testimonio como si fuera de hombres libres. La teoría se completa toda vez que se trata, ademas de lo dicho, de las condiciones de los testigos, plazos para la prueba, testigos falsos y sus penas, y prohibiciones para ser testigo.

« De los escriptos que deben valer ó non, et de las mandas de los muertos », se ocupa el título v; por más que en una sola ley se hable de *que la manda del muerto debe seer mostrada ante el obispo é ante las testimonias fasta* VI *meses;* pues todas las demas leyes pueden considerarse como la continuacion de la teoría de pruebas sentada en el título precedente, con relacion á la prueba escrita, toda vez que en él se trata de cuáles manuscritos deben valer ó no; del valor que tienen los hechos por fuerza, miedo ó por los ninnos, de los dudosos; del cotejo y comparacion de los mismos, y de lo que debe hacerse en caso de contradiccion entre los documentos y las declaraciones de los testigos.

La sancion y penalidad impuestas á los que falten á las disposiciones de carácter civil contenidas en este libro, son la multa y los azotes, debiendo aquí notarse la profunda diferencia que existe entre las penas que se imponen por los delitos públicos y políticos, y las que pesan sobre los que cometen delitos privados ó faltan á la ley civil: para los primeros, que por punto general sólo á las clases elevadas pertenecen, que cometen delito, si bien de alta importancia social y política, sin inmediatas consecuencias particulares y privadas, delitos que quizás no puedan significar maldad ni perversion de ánimo, la pena no es corporal, es la excomunion; para el que comete esos delitos que directa é inmediatamente perjudican al particular, en los que no se vislumbra una aspiracion tal vez noble y levantada, como puede suceder en los delitos políticos, la pena es corporal, material, puramente externa. Más adelante tendrémos lugar de hablar de esto con alguna extension.

### LIBRO TERCERO.

5. Con el epígrafe *De ordine conjugali* se encabeza este libro, que contiene seis títulos, en los que se encierra todo lo más ele-

mental, grande é interesante del derecho privado, del verdadero civil, lo que atañe á las personas, á las familias, como base de la sociedad. Como hemos dicho, hasta la forma artística del *Fuero Juzgo* es notable, y su desarrollo eminentemente científico; tras del Derecho puramente político, el público; en pos de éstos, el adjetivo ó de sustanciacion; más tarde, el privado. En él se establece un sistema dotal enteramente distinto del romano, puesto que el marido es quien dota á la mujer; se señala el máximum de la dote; se destruye la prohibicion de matrimonios entre godos y españoles; ley que poniendo el sello de union á las sociedades goda y romana, destruyó el Derecho de castas que habia venido dominando desde Alarico; se exige la necesidad del consentimiento paterno para contraer matrimonio y se previene que á falta del padre lo preste la madre, los hermanos ó los tios, lo cual demuestra hasta qué punto se venian concediendo derechos y consideraciones á la mujer; prohibe á la viuda contraer nuevas nupcias hasta pasado un año de la muerte del primer marido; pena los raptos y delitos contra la castidad y contra várias uniones ilícitas, y en fin, proclamando el principio de indisolubilidad en el matrimonio, señala excepciones y casos en que se rompe el vínculo.

Este libro es verdaderamente de importancia suma, no sólo porque nos da á conocer toda la teoría de la familia goda, sino porque nos va á mostrar hasta qué punto en cierta parte de la vida el pueblo visogodo rechazó todo principio romano.

El pueblo godo aceptó voluntariamente, y sin gran esfuerzo, todo aquello puramente externo de la legislacion romana; áun en lo esencial tomó cuanto le era necesario para cubrir las múltiples y crecientes necesidades que una civilizacion, siempre en progreso, creaba cada dia; pero no aceptó nunca, mejor dicho, rechazó siempre los principios deletéreos y disolventes del mundo antiguo, como hemos visto al examinar los primeros títulos del Código, y todo cuanto podia relacionarse con la vida privada íntima de familia, con las costumbres severas, sencillas, venerandas, que hacian del pueblo godo una nacion grande, fuerte y poderosa. Tal vez al terminar su vida el pueblo godo, y por lo tanto muy próximo á la época en que el *Fuero Juzgo* se publicára, no brillaba ya por sus severas antiguas virtudes; tal vez habia llegado al mismo grado de licencia, abyeccion y libertinaje que el pueblo

romano, y de ahí su ruina; pero aunque así fuera, en la vida real y práctica cuando legislaba, cuando ejercia la funcion más augusta que el poder está llamado á ejercer, áun recordaba lo que fué, áun tenía presentes las virtudes que pasaron, áun queria conservar en sus leyes, inculcar en el pueblo las severas, graves y varoniles costumbres que durante mucho tiempo fueron las causas ocasionales de su grandeza, de su poder y de su dominacion. Y véase cómo este libro es tan especial, tan *sui generis*, tan distinto de todo lo que es romano.

El primer título puede decirse que encierra toda la teoría de la familia goda, mejor dicho, española, á la promulgacion del *Libro de los Jueces;* en efecto, en las diez leyes que contiene, se establece el poder de los padres y hermanos con relacion á las bodas de las mujeres; regúlase la materia de arras; los casamientos entre personas de edad muy desigual, que están prohibidos, sobre todo cuando es la mujer la de edad más avanzada, y la autorizacion á la huérfana, cuyos hermanos descuidan casarla, para que pueda hacerlo por sí y sin perder la herencia del padre. La ley 6.ª, que por cierto tiene el epígrafe de *antigua*, se ocupa, bajo el nombre de arras de las dotes, y fija su cuantía y la manera de constituirla.

Las ocho leyes del título II son un fiel trasunto de la época en que se escribieron y de la civilizacion de aquellos pueblos y de aquellos tiempos. «De las bodas que non son fechas lealmente» se encabeza, y consigna los matrimonios que por ley, ó más bien por costumbres antiguas ya é inveteradas estaban prohibidos entre los visogodos. Desde luégo nos vemos obligados á llamar la atencion sobre la ley 1.ª, en que está terminantemente prohibido el matrimonio á la mujer viuda ántes de que pase el año de la muerte de su anterior marido, bajo penas muy severas : la razon que se da en la ley es la verdadera y plausible que ha existido siempre para semejante prohibicion ; el interes de la prole que pudiera existir concebida de la disuelta union, y que áun no haya visto la luz; pero esta razon reviste una forma especial, hija sin duda alguna de la repeticion con que los infanticidios se sucedian en el pueblo godo ; es notable, sin embargo, que dándose por causa de la probibicion el temor de que mate á la criatura que lleva en su seno, la pena sea solamente perdimiento de bienes, cuando leyes posteriores de este mismo título conminan con pe-

nas mucho más duras y atroces matrimonios cuyas consecuencias no pueden, ni con mucho, ser tan fatales. En efecto, el título que analizamos habla de los matrimonios y adulterios, pues ambos actos se confunden, que tienen lugar entre personas libres y siervos; y las penas de azotes, muerte por medio del fuego, servidumbre de la mujer libre y de los hijos que nazcan de tal ayuntamiento, se prodigan de una manera verdaderamente aterradora.

Dos leyes notables contiene ademas este título; es la primera la 6.ª, que habla de la mujer cuyo marido ha desaparecido, que no puede casar hasta que aquél, que no vuelve á la tierra, se sepa de cierto que es muerto; hasta aquí la ley es justísima y consecuencia de la que ántes ha declarado indisoluble el matrimonio; lo que no es justo, lo que es horrible, es la última parte por la que se entrega á la mujer que ha contravenido á la disposicion legal, al primer marido, si vuelve, para que haga de ella lo que quisiere. La segunda es la 8.ª, que impone pena de desheredacion á la mujer que se casa sin licencia de su padre.

El título III en las doce leyes habla de los raptos y forzamientos, y de las penas, severísimas por cierto, en que se incurre por este delito, que son multas, azotes, decalvacion y muerte; son notables las leyes que eximen de pena al que mate á un raptor, y la que impone las mismas penas que al raptor, ménos la muerte, á los hermanos que consientan el rapto de su hermana.

Los títulos IV y V en que se legisla sobre los «adulterios, los fornicios y los adulterios contra natura é de los religiosos é sodomitas», son notables, no sólo por la austera severidad de sus disposiciones, sino por lo grave y cruel de las penas con que esos delitos se castigan, que son azotes, destierro, castracion y muerte. Hay de notable en este título, por una parte, la ley que concede á los hijos y áun á los parientes próximos de aquel que es víctima del adulterio y no acusa, el derecho de hacerlo, dando por razon que han podido turbar con hierbas y malas artes su inteligencia; y por otra, la ley que castiga la prostitucion, no sólo en la prostituta, sino en sus padres ó en su señor, si á ello la indujeron y de ello sacaron granjería.

Tres solas leyes contiene el título VI y último, que trata «De los departimientos de los casados et de los desposados.» Contrariando tambien todo lo romano, se prohibe, no sólo el departimien-

to entre los casados, sino áun entre los desposados, reconociéndose como única causa, para que esto tenga lugar, el adulterio.

### LIBRO CUARTO.

6. Con el título *De ordine naturali*, y continuando con acierto muy notable la obra comenzada en el libro tercero, esto es, la creacion de un Derecho civil general para todo el pueblo godo sin distincion de romanos y godos, habla este libro de los grados de parentesco, que es una copia de lo dispuesto por la ley romana, y que alcanza hasta el sétimo grado, fuera del cual no se reconoce parentesco; del órden de sucesion; crea los gananciales, institucion completamente desconocida en el mundo romano; concede al testador que no tiene descendientes el Derecho de disponer libremente de sus bienes; prefiere en la herencia del monje los parientes hasta el sétimo grado, al monasterio; se ocupa de los tutores y curadores; da al parecer la pátria potestad á la madre, y trata de los expósitos é instituye las mejoras.

Cinco títulos contiene este libro, dignos de atencion y estudio: todo cuanto se relaciona con el parentesco, sus grados, manera de computarlos, su extension y su límite racional y legal, está comprendido en el título I, que puede decirse está tomado íntegro de la legislacion romana.

El título II se ocupa de las herencias, y puede considerarse como una consecuencia del primero: la regla general para las herencias es la voluntad del poseedor de los bienes reelictos, expresada en el testamento; pero cuando éste no existe, esto es, en el caso del abintestato, el parentesco y la mayor ó menor propincuidad dan el derecho á heredar, y no hay diferencias entre varones y hembras, sino que son completamente iguales, doctrina que se repite en más de una ley: vienen á la sucesion los descendientes, despues los ascendientes, y por su falta los colaterales: la mujer viene cuando no existen parientes hasta el séptimo grado, lo cual es notable en un pueblo que tan alto consideró siempre á la mujer y que creó los gananciales, no por partes iguales, sino en proporcion á los bienes de cada uno, quizás al mismo tiempo que la eliminacion de la mujer á la herencia de su marido miéntras hubiese parientes dentro del séptimo grado, fuera una transaccion con las costumbres romanas, los

gananciales se establecieran para contrarestar esa misma concesion. La ley que otorga á la madre viuda, así como al padre, el usufructo de los bienes de sus hijos miéntras no se case, parece como que otorga á la mujer cierta especie de pátria potestad. Fija como únicos herederos forzosos á los descendientes, y declara la parte de herencia que ha de corresponder al póstumo, así como las condiciones que ha de tener el hijo nacido para poder heredar á su padre, que son: ser bautizados y vivir al ménos diez dias. La sucesion troncal está expresamente establecida en en este título.

De los huérfanos y de los que los defienden es el epígrafe del título III, que al ocuparse de los menores y de las tutelas, prescinde de la difícil é intrincada teoría del Derecho romano; hallamos una ley notable que corrobora la opinion indicada en el párrafo anterior, de que por las leyes góticas se atribuia cierta pátria potestad á la madre, toda vez que se declara no debe llamarse huérfano sino al hijo que ha perdido á su padre y á su madre. Perdióse esta doctrina, merced á las importaciones verdaderamente romanas, en que abundan las Partidas, y que fueron adoptadas y seguidas con entusiasmo por nuestros jurisconsultos; pero ha sido hasta cierto punto restablecida en el presente siglo por disposiciones novísimas. Se acepta la tutela legítima y la dativa, toda vez que se autoriza al juez para que pueda en ciertos casos nombrar guardador al huérfano, y se estatuye sobre la prescripcion contra los huérfanos, y se invalidan los documentos que sus guardadores les hicieron otorgar con malas artes.

El título IV habla de los niños echados ó expuestos, de lo que deben dar sus padres cuando los reclamen á las personas que los criaron, qué es un siervo, de la tercera parte de lo que valga el hijo de un siervo expuesto por el padre, qué deberá ganar el que lo crió, y de las cuotas que deben pagarse á los que crian hijos de otros que los dan á criar.

Y nótese de nuevo la lucha entre los dos elementos godo y romano, y cómo obtiene siempre la victoria el godo en todo lo que es esencial, primario y de importancia. El Derecho romano en su aspiracion socialista y materialmente unitaria, absorbiendo toda personalidad en el padre de familia, le otorga primero el derecho de vida y muerte sobre sus hijos; cuando más tarde estos derechos tremendos desaparecen, le queda el de exponerlo sin

temor, sin responsabilidad alguna; el código visogodo, el código tachado de bárbaro por muchos escritores (franceses) frente á frente y en comparacion con los romanos, no sólo no concede jamas á los padres derechos que la naturaleza y la razon repugnan, sino que, individualista y buscando la unidad en la armonía del espíritu, impone severas penas al que expone á sus hijos, y áun al señor que sabe y consiente la exposicion del hijo de un siervo, y halla el medio de garantir la vida del desgraciado sér que ha sido abandonado por sus padres, no sólo en la ganancia segura que le ofrece por haberlo cuidado y criado, sino en el encargo especial que han dado á los jueces para que *acusen y penen este pecado do quier que sea fecho en toda la tierra.*

No es ménos notable por cierto el título v, que habla de la desheredacion, pero que no la impone como pena, sino que la deja á arbitrio del padre, esperando siempre que éste perdone al hijo que se hizo acreedor á aquel castigo, no sólo, dice, porque esto está en el interes, buen órden y moralidad de las familias, sino porque conviene al pueblo que *non pierda lo que non debe.*

Se consignan las mejoras de tercio y quinto á favor de los hijos y nietos, y lo que es más, el derecho de disponer libremente del quinto. Prohíbese á la mujer casada desposeer á sus hijos de las arras, dote que recibió de su marido, en gracia del buen órden y moralidad de la familia; y para evitar que viviendo la mujer desordenadamente atribuya á su amante el patrimonio de sus hijos, obligando á éstos á traer á colacion las donaciones que les hicieran sus padres por razon de boda, que se declaran irrevocables, sanciona la igualdad que en las herencias debe existir entre los hijos todos. Se sanciona el derecho de troncalidad en las sucesiones cuando existen hijos de distintos matrimonios, y finalmente, en una ley, de cuyo epígrafe se deduce ser de Wamba, se legisla sobre los peculios, haciéndose notables variaciones en la doctrina del peculio castrense de los romanos, toda vez que se le atribuye una tercera parte al padre *si el fijo vive con él unido de so uno*, distinguiéndose los bienes dados por el príncipe, en los que el hijo es verdadero señor y propietario.

## LIBRO QUINTO.

7. Este libro lleva por título *De transactionibus*, y trata ademas en el título I de las cosas eclesiásticas, declarando firmes las

donaciones hechas á las iglesias; prohibe las enajenaciones á no ser en canónica forma; hace responsables á los obispos de la conservacion de los bienes; señala la dotacion que debe de corresponder á las parroquias; prohibe á los obispos que las menoscaben, y á los siervos franqueados por las iglesias, que puedan casarse con mujeres libres; se ocupa de las donaciones en general y de la fuerza y valor que deben tener; de las hechas por los patronos á los bucelarios ó personas agregadas á algun jefe militar, efectos que producen, casos en que se pierden, y cosas ganadas en la lid, cuya mitad pertenecia al patrono ó á sus hijos: trata de los cambios y de la compra-venta, y se fijan penas para los que vendan los ejemplares del *Fuero Juzgo* á más del precio de tasa, ó sean doce sueldos de oro (unos cuatro mil reales de nuestra moneda). Habla de los préstamos, comodato, depósitos, prendas, usura, que se extiende al préstamo de cosas fungibles y de las deudas; de las manumisiones, de los libertos, siervos del rey que tienen siervos y que no pueden manumitirlos sin autorizacion real.

Como hemos indicado, el título I de este libro tiene un carácter puramente eclesiástico; la mayor parte de las leyes de que consta son cánones y decretos de los Concilios, pero entre ellas las hay que merecen especial mencion y estudio por la marcada tendencia que se revela de evitar el acrecentamiento de los obispos y de las iglesias catedrales con perjuicio de las parroquias é iglesias particulares: no otra cosa se propone la ley 2.ª, que al tratar de la guarda de las cosas de la Iglesia, manda que el obispo, al tomar posesion, haga ante cinco hombres buenos un escrupuloso inventario de las cosas de su iglesia, que por su muerte deben de pasar al sucesor, á quien, si algo faltáre, indemnizarán los herederos del obispo muerto; más notable aún, porque revela por una parte la tendencia absorbente del alto clero, y por otra la viril energía con que algunos reyes la combatian, es la ley 5.ª, dada por Wamba, y sancionada con pena de excomunion por el XI Concilio de Toledo. Todo en esta ley es peregrino, lo es en su fondo, que tiende á evitar las usurpaciones de las iglesias sobre los bienes de las iglesias; que niega la prescripcion de treinta años para estos actos, fundándose en que lo que es malo en su orígen, no lo puede hacer bueno el trascurso del tiempo; que sancionando la gran máxima de que las leyes no

pueden tener fuerza retroactiva, y no juzgando, por lo tanto, á los que ántes que él fueron, los emplaza de cierta manera para ante el tribunal de Dios: es peregrina tambien la forma concisa y elegante de la ley, pero, sobre todo, lo que tiene de más notable es la sancion del alto clero reunido en el XI Concilio, lo que demuestra que el clero godo, cuando regian los destinos de España hombres como Wamba, secundaba cuanto tendia á cortar abusos, y tenía tanta ilustracion y ciencia como verdadero patriotismo.

No ménos notable que las anteriores es la ley 6.ª, porque si bien prohibe el casamiento del siervo franqueado por la iglesia con una mujer libre, y los manda departir siempre que el liberto deba de prestar servicio á la iglesia, y áun impone á los hijos nacidos de este ayuntamiento la pena de ser siervos del rey, todavía respeta el vínculo contraido, y concede treinta años de plazo para que la ley adquiera toda su fuerza, siendo miéntras libres todos los hijos nacidos de matrimonios semejantes. Fácil es comprender hasta qué punto el contexto de esta ley es contrario al de las romanas, que ni siquiera reconocian la posibilidad de semejante matrimonio.

Desde el título II, que trata de las donaciones, y cuya doctrina sigue la de las leyes romanas, todo el libro se ocupa de la materia de contratos.

Pero si el título II sigue, como hemos dicho, la doctrina del Derecho romano, el III, que tambien habla de las donaciones, se aparta notablemente de aquélla; en efecto, si bien es cierto que al hablar de las relaciones entre el patrono (padron) y el hombre libre, parece que vamos á ver resucitadas las relaciones de la *gens* romana y de la clientela en favor y como privilegio del patriciado, no es así; muy al contrario, el espíritu de independencia de la raza goda se revela aquí como en otras muchas instituciones; la relacion entre el patrono y los auxiliares son recíprocas, mejor dicho, más favorables para el auxiliar que para el patrono; y tanto es esto así, que éste no puede revocar las donaciones hechas á aquél, y aún en el caso de que el vasallo libre abandone á su señor y se pase á otro bando, recobra el señor la mitad de lo que concédió, pero el auxiliar conserva la otra mitad, y el nuevo señor está obligado á darle tierras; cuanto el vasallo gana fuera de las donaciones dichas, lo gana por mitad con

el señor, que está obligado, caso de morir aquél, á reservar para la hija cuanto tiene su padre, ó á ser su guardador y casarla con *home convenible*,[1] perdiendo la hija estos derechos sólo cuando se case con *home rafez* (vil).

El título IV contiene veintitres leyes que se ocupan del contrato de compra y venta, con una tendencia muy marcada á favorecer las adquisiciones; así, pues, se establece la libertad del consentimiento; y como que á ella se oponen la fuerza y el miedo, se les reconoce como causa de nulidad, reservándose para más adelante el imponer penas al dolo y al engaño. No se rescinde el contrato por lesion, si bien se castiga el dolo del vendedor que pretende falsamente haber pagado el precio, con la pena del duplo; las leyes 8.ª á la 19 son notables, porque realmente encierran toda la teoría de la compra-venta, perfectamente formulada, distinta en muchos puntos de la del Derecho romano, y que demuestra hasta qué punto era rica y poderosa la civilizacion del pueblo godo en la época que nos ocupa. Algunos creen ver en la ley 20 un principio de nuestra legislacion vincular, fijándose en uno de sus preceptos, que dice: «que home que es solariego non la puede vender la heredad de ninguna manera», y termina este título con una ley notable, cual es la que fija el precio en que ha de venderse el *Fuero Juzgo* en doce sueldos, y conmina con la pena de cien azotes al que pida por él mayor precio.

Diez y seis leyes forman el título V, que se ocupa de los contratos de mutuo, comodato, y depósito; distingue en el depósito y en el préstamo los casos en que media ó no precio, partiendo del principio de que ambos contratos han de ser gratuitos; háblase en este título del préstamo á interes, quedando siempre obligado el mutuatario á devolver el capital al mutuante, aunque le haya perdido por caso fortuito, pero no los réditos, crecidos por cierto, puesto que la ley permite el doce y medio por ciento en los préstamos á dinero, y hasta el cincuenta en los de frutos, de los que por dos moyos se dan tres al año. Al que estipule usura superior á la legal, se le conserva su derecho al capital prestado, pero pierde los intereses pactados.

De las deudas y de las prendas trata el título VI, estableciéndose en la ley 5.ª el concurso de acreedores y la coaccion personal para el pago, hasta el punto de quedar el deudor como siervo del

acreedor ó acreedores, y en la ley 6.ª, cómo han de pedirse y probarse las deudas del que ha muerto, y qué parte debe pagarse de la herencia.

El título VII se ocupa de las emancipaciones y de los patronos y libertos, y con escasa diferencia su doctrina es la romana; hay, sin embargo, una ley quizás más severa que todas las relativas á emancipados romanos, y es la que prohibe el matrimonio, no sólo entre el liberto y la familia del patrono, sino de ésta con alguno del linaje de aquél, bajo pena de volver el trasgresor á la servidumbre.

Notable bajo el punto de vista histórico y científico es el libro sexto, que vamos á examinar, y que merece toda la atencion del filósofo y del jurisconsulto, porque no solamente contiene notabilísimas disposiciones, sino que aventaja con mucho á la mayor parte de nuestros códigos posteriores.

### LIBRO SEXTO.

8. Titúlase *De debitis*, y es la iniciacion de todo el sistema y de toda la ciencia penal de los visigodos, desenvueltos en los libros subsiguientes hasta el IX, por más que sus disposiciones puedan tacharse de bárbaras, por más que en él no se haya sistematizado el derecho de penar, que tampoco se ha conocido como ciencia, estudiado, ni sistematizado, hasta muchos siglos despues : aunque sólo sea un embrion asaz defectuoso todo el contenido de estos libros, ello es lo cierto que aventajan á las compilaciones de aquella época y áun á muchas de épocas posteriores. En efecto, si hallamos establecida la odiosa y terrible prueba del tormento, importacion tal vez de Roma, y no de la Germania, está tan prudentemente limitada, que nos mueve á disculpar al legislador; en cambio de esa triste disposicion, vemos establecida la igualdad entre todos los hombres libres, cualquiera que sea su condicion, lo cual demuestra hasta qué punto el sentimiento de la igualdad ante la ley era conocido y dominaba en la raza goda. Se concede al monarca el derecho de gracia, si bien en ciertos casos es necesario el consentimiento de los obispos y magnates ; se sienta la teoría de que las penas no trascienden á los hijos, teoría que, olvidada por completo en tiempos posteriores, no ha sido una verdad, ni áun siquiera aceptada por la ciencia, hasta

casi el siglo presente; se pena á los que se hacen pasar por adivinos, agoreros y encantadores, á los jueces y particulares que los consulten, y con severidad suma á los envenenadores; se penan los abortos forzados y los infanticidios; las lesiones, heridas y mutilaciones causadas á hombres libres y á siervos se tasan cuidadosamente, y segun los casos y la persona lesionada, se señala como pena en muchos casos la del talion; trata de los homicidios, parricidios y asilo eclesiástico.

Como ya hemos dicho, es notable este libro, que contiene cinco títulos. El primero trata de la acusacion, en sus leyes 2.ª y 6.ª; establece la forma y requisitos con que ha de hacerse: da garantías al acusádo con respecto á las personas del acusador y del juez; exige de aquél que pruebe la acusacion, y señala como necesaria la confesion del reo; establece el tormento é indica los casos en que procede, así como el juramento, purgatorio del reo, cuando la acusacion no está probada, ni demostrada tampoco la inocencia.

Por punto general, en todas las leyes de este libro aparece muy clara la influencia de los Concilios, y brilla por donde quiera la alta ciencia de los prelados españoles. Cierto es que se establece el tormento, pero no lo es ménos que se le rodea de tales condiciones, se exigen tales circunstancias, tales y tales garantías para su aplicacion, que parece como que se ha querido, transigiendo con las necesidades de la época, en la forma, hacer ilusoria en el fondo esta bárbara institucion; en efecto, por una parte se prohibe que el acusado sea puesto á tormento sin que el acusador esté presente, esto es, sin que exista el medio de hacer efectiva la sancion legal contra el acusador que no pruebe su acusacion, y la sancion legal viene en seguida justa, terrible y perfectamente definida, al exigirse en la ley 2.ª que el acusador prepare la prueba ó haga la acusacion por escrito, con tres testigos, «sabiendo que mete su cuerpo á tal pena, cuemo debe rescebir aquel á quien él acusa, y que sólo bajo esta garantía, en acusacion sobre traicion al rey, al pueblo, ó por delito de homicidio, y cuando no haya prueba, pueda aplicarse el tormento, reduciéndose el acusador á esclavo del acusado, si resultáre inocente, que faga del lo que quisiere así que nol de muerte. El hombre principal sólo podrá ser puesto á tormento por delito que merezca pena capital, y aunque el home de ménos cuenta pueda serlo por

hurto, ha de pasar éste de quinientos sueldos, el tormento ha de aplicarse ante Juez y homes buenos, no en un dia, sino en tres, á fin de que el paciente no sufra la muerte ni mutilacion de miembro; pero si á pesar de esto ocurriere por mal querencia ó soborno del Juez, éste será entregado á los parientes del muerto que le den otra pena tal, y áun si la muerte fuere ocasionada sólo por negligencia del Juez y sin intencion dañada, pagará seiscientos sueldos ó será siervo de los parientes del muerto.» Mayor es la pena señalada al acusador en el caso que nos ocupa, puesto que se le entrega á los parientes del muerto «para que le den otra tal pena como éste.»

De la piedad de los príncipes habla la ley 7.ª de este título, concediéndoles el derecho de gracia, excepto cuando el delito es de muerte al rey ó contra la tierra, y áun en este caso hay lugar á la misericordia. Notabilísima por cierto es la ley 8.ª, estableciendo la intrasmisibilidad de las penas, y declarando que así como no hay herencia en el delito, no puede haberla en la penalidad; máxima de alta ciencia penal olvidada en las legislaciones posteriores y por mucho tiempo, y sólo llevada á principio científico en el siglo presente.

El título II se ocupa de los agoreros, hechiceros y envenenadores, demostrándose una despreocupacion y una justicia notables en los autores de sus leyes; la pena es perfectamente proporcionada al delito; la muerte, si el veneno produjo el homicidio, y en caso contrario, la entrega del envenenador al ofendido, «para que faga de él lo que quisiere», y esta pena alcanza áun á los jueces que ántes de dar sentencia consultan á los hechiceros, aunque sea con la intencion de averiguar la verdad.

Á los encantadores é provizeros se les castiga con azotes y marca en la frente, haciéndoles recorrer para público escarmiento diez pueblos próximos al en que el delito tuvo lugar.

El título III está destinado á castigar los abortos y los infanticidios voluntarios, imponiendo la pena de muerte á los padres y á los extraños, si al procurar el aborto hacen perecer á la mujer embarazada.

El título IV trata de las muertes y heridas causadas por los hombres libres ó por los siervos á siervos ó á hombres libres, y es de notar, por una parte, que siempre la pena es mayor que el daño causado por el delito aplicándose el talion, y por otra,

que siempre se asegura una indemnizacion al ofendido á costa del ofensor. No se hace diferencia entre el reo principal y sus auxiliadores; se exculpa al que comete un delito por mandato del superior; se prohibe alegar la ignorancia de la ley penal; se sanciona el principio de la propia defensa, y se declara responsable de los agravios que reciba de un esclavo el hombre libre y de alto linaje que se rebaja á denostarlo. Establécese asimismo diferencia entre la muerte causada sin voluntad, en virtud de algun hecho de violencia ó con plena conciencia, exculpándose al primero, atenuándose la pena para el segundo, é imponiéndola en toda su extension al tercero. Conmina con la pena de muerte al señor que mande á su siervo cometer un homicidio, y con la de cien azotes al siervo asesino que alegáre y probáre que mató por mandato de su amo.

Concédese á los obispos la alta inspeccion sobre los Jueces, para hacerles cumplir con su deber, y se termina tratando del delito de parricido, siendo de notar que, si bien al parricida se impone la pena de muerte, no se busca en ella la ejemplaridad caprichosa de la legislacion romana.

## LIBRO SÉPTIMO.

9. Continúa este libro, con el título *De furtis et fallaciis*, ocupándose de la materia criminal, especialmente de lo concerniente á *hurtos* y *engaños*. Establece que el Juez obligue á ofensor y ofendido á *componerse*, quedando aquél como siervo de éste si no tiene bienes con que hacerlo; señala pena á los hombres libres y á los siervos que hurtan; prohibe comprar á personas desconocidas si no dan fiador; permite matar al ladron que de dia se defiende con armas, y al que es sorprendido de noche; trata de las usurpaciones y plagios de los siervos; de la custodia de los presos y ejecucion de las sentencias, prescribiendo que la pena capital se aplique en público; enumera y pena algunas falsedades y engaños, especialmente de las escrituras públicas, testamentos y cartas reales, é impone penas á los monederos falsos.

Los dos primeros títulos de este libro son relativos al hurto; unas veces el hurto se castiga con pena de muerte, otras veces con la de nueve tantos de lo robado, prohibiendo que el malhechor pueda ser retenido en casa del que lo aprehendió más que

un dia ó una noche, siendo entregado en seguida al Juez. Es notable la ley que da á entender que no hay hurto entre el siervo y el Señor ó el consiervo, dando derecho al Señor para que haga de él lo que quisiere, pero negando toda intervencion al Juez.

El título III se ocupa de los plagios de hombres libres ó de esclavos: el título IV habla de la custodia de los presos, manda á los Jueces proceder contra los delincuentes, aunque sean godos, y conmina al Alcaide que se dejó engañar y puso en libertad á un reo sin órden del Juez con la misma pena á que aquél se habia hecho acreedor.

Es notable la ley que manda que al inocente no se le puedan exigir derechos de cárcel ó excarcelacion, preve el soborno y pena gravemente al Juez prevaricador; pero si la prevaricacion ha producido una sentencia de muerte contra un inocente, paga el Juez con su vida semejante crímen.

Los títulos V y VI se ocupan de las falsificaciones y de los falsarios, extremando las penas contra el monedero falso, sin llegar á la capital; penándose tambien al que rehusa recibir la moneda buena.

## LIBRO OCTAVO.

10. Con el título *De inlatis violentis et damnis* se encabeza este libro, que se ocupa de las invasiones y despojos en la propiedad ajena, de los incendios é incendiarios; daños causados en huertos, mieses y arbolados; de los cometidos por ganados y otros animales; de los causados en los caminos, pastos de ganado de cerda; animales perdidos, abejas y daños que causan, y mutacion en el curso de las aguas.

El primer título de este libro trata de la fuerza y del despojo, y puede decirse que la más notable es la ley 9.ª, que prohibe robar y saquear los pueblos cuando se va en hueste.

De los incendiarios trata el título II, imponiendo la pena del talion al hombre libre que incendia edificio en poblado, y sólo la indemnizacion cuando la casa está en despoblado. Para la indemnizacion se considera privilegiada la primera casa quemada, y sólo si sobra algo de la fortuna del incendiario se aplicará á los dueños de las otras.

Sobre los daños que se hacen en las heredades, habla el título III en sus diez y siete leyes: sanciónase el derecho de servidum-

bre de paso natural ó civil; prohíbese el acotamiento de eriales y barbechos, y se autoriza al dueño de viña ó mies que en ella haya aprehendido ganado ajeno, á que lo retenga tres dias sin darle más que agua, obligando así al dueño á que venga á pagar la indemnizacion.

El título IV trata de los daños que se hacen á las bestias, del hurto de uso de las mismas, de la obligacion de dejar expedito el tránsito al agua de los rios, de los riegos y penas al hurto del agua, indicándose ya la existencia de una servidumbre natural para el paso de las aguas de riego.

Los títulos V y VI se ocupan de los pastos y de las abejas.

### LIBRO NOVENO.

11. Cuyo epígrafe es *De fugitivis et refugientibus*, habla de los siervos que se fugan, de las personas que los ocultan; impone penas á los que no acuden á los llamamientos militares, desertan de sus banderas ó no rechazan los ataques del enemigo, obligacion que así alcanza al seglar como al eclesiástico, segun las que sean su condicion y categoría, y en fin, trata de los asilos y de los reos que á ellos se acogen.

Su título I, de los esclavos fugitivos, impone graves penas al que los oculta. El titulo II, muy notable bajo el punto de vista histórico, trata del servicio militar, impone en primer lugar á los jefes y caudillos, y en segundo á todos los naturales de la tierra, la obligacion de acudir á su defensa castigando á los jefes que por dádivas ó consideracion de cualquier género consientan que alguno deje de ir á la hueste. La ley 8.ª, cuyo autor fué el noble y sabio Wamba, es notabilísima por la energía con que consagra y manda que todo ciudadano deba acudir en defensa de su patria, y por la severidad de las penas que impone, que consisten en perdimiento de todos los bienes, extrañamiento, doscientos azotes y una libra de oro para los caudillos que no se presentaren ó se alejaren furtivamente de la hueste, á la cual todo home que sea duc, ó conde, ó rico home, ó godo, ó romano, ó libre, ó franqueado, ó siervo debe ir llevando la mitad de sus siervos.

El título III, respondiendo sin duda alguna al espíritu teocrático de aquella sociedad, vuelve á ocuparse del derecho de asilo que áun se exageró despues.

### LIBRO DÉCIMO.

12. *De divisionibus et annorum temporibus atque limitibus* se titula este libro, que trata de las particiones de bienes, edificaciones y plantaciones hechas en terreno ajeno (en lo que se separa del Derecho romano), divisiones de tierra y montes hechas entre godos y españoles, parto de las siervas, que pertenece tanto al dueño del padre como al de la madre, difiriendo tambien del Derecho romano, término para las prescripciones de dominio, acciones y delitos, conservacion de mojones y linderos, y penas á los que los alteren.

Los dos títulos de que se compone este libro son notables porque versan sóbre la propiedad casi en todas sus manifestaciones y bajo el punto de vista histórico, porque nos enseña cómo se constituyó la propiedad territorial en España despues de la invasion; cómo se dividió entre godos y romanos, y cómo se definieron y clasificaron los diferentes Derechos que de la primitiva desigualdad nacieron, y cómo se iba convirtiendo en igualdad absoluta y realizando así la completa fusion de las dos razas. Como manifestacion de la propiedad, se trata tambien del peculio de los hijos y de los siervos, variándose en parte la legislacion romana.

La prescripcion de treinta ó de cincuenta años es objeto del título II, y es interesante la ley que dispone que el esclavo del Rey se haga libre por la prescripcion de treinta años, siempre que á sabiendas de su Señor y públicamente se haya presentado como hombre libre.

Los términos, hitos ó mojones para dividir las tierras, es el objeto de que trata el título III, con que este libro termina.

### LIBRO UNDÉCIMO.

13. Su epígrafe es de *ægrotis atque mortuis et transmarinis negotiatoribus;* prescríbense en él limitaciones al ejercicio de la Medicina, y durísima responsabilidad á los médicos, penas gravísimas á los violadores de sepulturas, y concluye con un título sobre los mercaderes extranjeros.

Los tres títulos de que consta y que hablan de los médicos, de

los enfermos y del respeto debido á los sepulcros, son notables, sobre todo el título I, por la dureza y desconfianza que revela contra todo el que se dedicaba al arte de curar; no se le dejaba entrar á solas en el hogar doméstico, ni sangrar, ni medicinar á la mujer sino en presencia de sus parientes ó testigos de buena fama; ni al preso sin testigos, no le diera veneno que le permitiese eludir el castigo. Se les permite contratar á plazos el pago de sus curaciones; pero si el enfermo muere, pierde todo el derecho al cobro; si enflaquece ó se debilita por sangría el enfermo, pagará el médico una crecida multa; pero si muere, y es hombre libre el médico, será entregado á los parientes para que hagan de él lo que quisieren; y por cierto que contrasta notablemente con esta ley lo dispuesto en la 6.ª, que prohibe que el médico, aunque no sea conocido, pueda ser puesto en la cárcel como no sea por homicidio.

El título II impone penas á los que violan los sepulcros, desnudan á los muertos y les roban sus ropas; pero no al que arroje el cadáver fuera de su sepultura, lo que parece indicar que en aquel pueblo no se creia posible tamaña profanacion.

Peregrino es, por cierto, que el título III se ocupe de los mercaderes extranjeros, y más peregrina aún la manera con que el código visigodo trata de atraer el comercio guardando especialísimamente los fueros de la hospitalidad á los extranjeros.

## LIBRO DUODÉCIMO.

14. Este libro, que en el texto latino consta de tres títulos, tiene uno más, titulado *De los denuestos* en el romanceado: encarga á los jueces prudencia y mesura; á los gobernadores, que no graven á los pueblos con exacciones extraordinarias; conmina á los obispos, bajo severas penas, á que denuncien al rey estos excesos, y se ocupa de los judíos, á los que trata con una dureza extremada.

Los tres títulos de que consta este libro, sin contar la intercalacion del libro *De los denuestos* y palabras odiosas, demuestra cumplidamente hasta qué punto tuvo parte activa en la confeccion del Código que analizamos el clero español, y es muy digno de notarse que, miéntras el título I respira mansedumbre, dulzura y caridad cristiana, el II y el III, tercero duplicado en la

version castellana, se distingan por su dureza, y tal vez por su falta de justicia. El título I recomienda á los Jueces que apuren la verdad; que al juzgar, prescindan de personalidades; que caso de haber lugar á la misericordia, se emplee ésta más largamente con el pobre; que los Condes y Gobernadores no vejen á los pueblos; que si alguno tiene que reclamar contra el siervo de la corona, el procurador del rey entable el juicio ante Juez competente, y por fin, que en ocasiones los obispos hagan de jueces abriendo nuevo juicio sobre la cosa ya juzgada.

El título II y el IV ó III, repetido en la version castellana, y que lleva por epígrafe: «De las leyes nuevas de los judíos», tienden á anular y hacer imposible la existencia de éstos en el imperio godo, negándoles todo derecho, mejor dicho, creando un derecho especial y exclusivo contra ellos. Que se les prohibiera el uso público de su religion; que se les considerase bajo este punto de vista como de peor condicion que á los cristianos, no es por cierto cosa muy difícil de comprender; pero que se les obligase á la fuerza á recibir el bautismo; que se les arrancase á sus hijos para bautizarlos forzosamente tambien; que no se admitiesen en juicio sus testimonios contra los cristianos; que se les privase del derecho de contratar con éstos, y de la propiedad de la finca que hubieran comprado á los cristianos, si no abjuraban de su religion, disposiciones son por cierto que contrastan grandemente con la dulzura y tolerancia de la gente goda, con la ilustracion y mansedumbre de su clero, y que no se comprenden fácilmente juzgando los hechos por el criterio tolerante de nuestra época, sobre todo si nos fijamos en la ley 4.ª, y en las monstruosas y horribles penas que en ella se fijaban. Indudable parece que alguna razon, á más de la puramente religiosa, debia haber para que el pueblo godo sancionase y aceptase leyes como las que componen los dos últimos títulos del por siempre célebre *Libro de los Jueces*.

15. El LIBRO DE LOS JUECES ó FUERO JUZGO ha sido objeto de los juicios más distintos y contradictorios por parte de sabios y críticos eminentes.

Quiénes, estudiándolo tal vez por el prisma científico de los siglos modernos, ó ya fija la mirada en la grandeza del pueblo romano, y enamorado de sus obras, ó quizás poseido de cierta desfavorable prevencion hácia ese código, por ser español, se ha

ensañado contra él, le ha criticado sin analizarlo préviamente, y ha lanzado en poquísimas, pero enérgicas y duras frases, un anatema tan terrible como injusto contra ese libro, tan digno de respeto como de estudio detenido y concienzudo.

Mr. de Montesquieu, el tan célebre autor del *Espíritu de las Leyes*, y de las leyes maestro; el primero sin duda alguna que inauguró el nuevo método de tratar de las leyes bajo el punto de vista de la razon y de la filosofía, se ocupa del *Fuero Juzgo* como de pasada, sin concederle su atencion, y con notable ligereza por cierto en escritor tan sesudo, le condena con estas brevísimas cuanto cáusticas é intencionadas frases: «Las leyes de los visigodos son pueriles; brillan por la torpeza é idiotismo de muchas de sus disposiciones; inútiles para el fin á que se dirigen, rebosan retórica y están vacías de sentido; gigantescas y ampulosas en la forma, son frívolas en el fondo.» No puede decirse más en ménos palabras, ni con ménos razon puede condenarse una obra legislativa: seguro es que leida la crítica del sabio presidente, el código visigodo debe caerse de las manos del que creyera hallar en él un monumento digno de estudio y orígen de enseñanza.

Por fortuna la aventurada opinion del escritor frances halló su correctivo en el mismo siglo XVIII: hombres no ménos sabios y pensadores que Montesquieu, pero de seguro más desapasionados, más justos y severos en su crítica, emitieron una opinion enteramente contraria á la de aquél, pero más razonada y más científica. Mr. de Gibbon, en una obra que, como el *Espíritu de las Leyes*, y no con ménos títulos por cierto, ha pasado á la posteridad en la *Historia de la decadencia* y *destruccion del imperio romano* dice, hablando del *Fuero Juzgo*. «Uno de los Concilios legislativos de Toledo examinó y ratificó el código de aquellas leyes, dictadas bajo la serie de los príncipes godos desde el reinado del feroz Eurico hasta el del piadoso Egica. En tanto que los visigodos conservaron las antiguas y sencillas costumbres de sus mayores, habian dejado á sus súbditos de España y de la Aquitania la libertad de seguir los usos romanos. El progreso de las artes, de la política, y en fin, de la religion, los condujo á suprimir tales instituciones extranjeras, y á componer, á su ejemplo, un código de jurisprudencia civil y criminal para uso comun de las naciones que formaban la monarquía española, las cuales tuvieron unos mismos privilegios y quedaron sujetas á las mismas obliga-

ciones. Los conquistadores renunciaron el idioma teutónico; se sometieron al freno saludable de la justicia, é hicieron partícipes á los romanos de los beneficios de la libertad. El padre Bouquet ha publicado correctamente el código de los visogodos, dividido en doce libros. El presidente Montesquieu le ha tratado con una severidad excesiva. Ciertamente me disgusta vér su estilo, como me es odiosa la supersticion que en él se halla; pero no temo decir que aquella jurisprudencia anuncia y descubre una sociedad más culta y más ilustrada que la de los borgoñones, y áun la de los lombardos.» El Juicio de Gibbon es severo, no alaba la compilacion visigoda, marca alguno de sus defectos, pero revela que se ha estudiado, que se ha comprendido la jurisprudencia que encierra, y que se la juzga con conocimiento de causa y con justicia.

Más adelante, cuando la crítica filosófica, severa, depasionada y recta sustituye á la inexacta y apasionada del siglo XVIII, monsieur Guizot, el notable autor de la *Historia de la civilizacion europea*, se ocupa en este libro célebre de la monarquía goda y de sus leyes, y dice: « En España es otra fuerza, es la fuerza de la Iglesia la que emprende restaurar la civilizacion. En lugar de las antiguas asambleas germánicas, de las reuniones de los guerreros, son los Concilios toledanos los que surgen y echan raíces; y si bien concurren á ellos los altos señores de la nacion, siempre son los eclesiásticos los que tienen su direccion y primacía. Ábrase la ley de los visigodos, y se verá que no es una ley bárbara; evidentemente la hallarémos redactada por los filósofos de la época, es decir, por el clero: abundando en ideas generales, en verdaderas teorías, y en teorías plenamente extranjeras á la índole y costumbres de los bárbaros. Sabido es que el sistema legislativo de éstos era un sistema personal en que cada ley se aplicaba sólo á los hombres de un mismo linaje. La ley romana gobernaba al romano, como á los francos la ley franca: cada pueblo tenía sus reglas especiales, aunque estuviesen sometidos á un mismo gobierno y habitasen el propio territorio. La legislacion de los visigodos no era personal. Visigodos y romanos están sometidos á una misma ley. Pero no es esto solo; continuemos su exámen, y hallarémos en ella las más evidentes señales de filosofía. Entre los bárbaros, cada hombre tiene, segun su situacion, un valor determinado y diverso: el bárbaro y el romano, el hombre libre y

el feudo no eran estimados en un mismo precio; habia, por decirlo así, una tarifa para sus vidas. En la ley visigoda no sucede así; establece ante su presencia el valor igual de los hombres. Por último, el sistema de procedimiento, en vez de aceptar el juramento de los compurgatores y el combate judicial como pruebas, señala la de testigos y el exámen racional de los hechos como los señalaria hoy cualquier nacion civilizada. En una palabra, la legislacion visigoda lleva y ofrece en su conjunto un carácter erudito, sistemático, social. Descúbrese bien en ella el influjo del mismo clero que prevalecia en los Concilios toledanos, y que influia tan poderosamente en los destinos y en el gobierno del país.»

¡Cuánta diferencia entre la manera incisiva, epigramática y dura con que Mr. de Montesquieu juzga el *Libro de los Jueces*, y la que para ello emplean Mr. Gibbon y Mr. Guizot! El estudio analítico que hemos hecho del código en cuestion nos demuestra cumplidamente que miéntras el primero de los autores citados, si leyó el *Libro de los Jueces*, ó no le estudió ni comprendió, ó lo atacó por orgullo nacional, y por ódio á España y á nuestras cosas, los últimos, especialmente Mr. Guizot, le han estudiado y le han juzgado científica y desapasionadamente.

Sí, el *Fuero Juzgo* dista tanto de ser un código bárbaro y producto de la torpeza y del idiotismo, cuanto que en Francia, en la culta Francia de la época de Mr. de Montesquieu, mucha parte de la legislacion, especialmente la penal, era muy inferior á la del código visigodo. Mas aún; el mismo autor, á pesar de su profunda inteligencia, de su genio indisputable en esa parte de la ciencia del Derecho, no estaba más adelantado que el libro que anatematizaba y sus autores.

No tratamos nosotros ciertamente de presentar el *Libro de los Jueces* como un modelo de códigos, bajo el punto de vista abstracto y absoluto, ni mucho ménos podriamos hacerlo estudiándolo por el prisma de la moderna ciencia del Derecho, no; para poder formular un juicio crítico acertado, del código en cuestion, lo primero que hay que hacer es romper los lazos que á la época presente nos ligan; trasladarse con la imaginacion á la edad en que se escribió; colocarse en aquellos tiempos, en medio de aquella sociedad; tomarla con sus perfecciones, con sus defectos, con sus aspiraciones, con su manera de ser especial; estudiarla

en sus antecedentes, en sus consiguientes, en su mision racional, y entónces, y sólo entónces, con ánimo sereno, con científica y sesuda crítica podrá decirse con Mr. Guizot: «Que la legislacion visigoda lleva y ofrece en su conjunto un carácter erudito, sistemático, social.» En efecto, manifestacion de un pueblo cuyo carácter especial le convierte en elemento de transicion entre el mundo antiguo y el mundo moderno; de un pueblo que, prescindiendo de la unidad material de las edades que fueron, aspira á la unidad racional de las edades que están por venir; pero sin desdeñar lo pasado, como punto de apoyo para el presente y de partida para lo futuro, el código visigodo realiza de una manera soberana el pensamiento de aquel pueblo y su mision, unificando las razas goda y romana; tomando de la imperecedera legislacion del pueblo rey todo lo que estaba llamado á sobrenadar en el inmenso naufragio del mundo antiguo, amalgamándolo con lo que habia de ser la base de las modernas civilizaciones, y creando, nos atrevemos á decir, un Derecho práctico muy superior al romano, que sirvió de base á gran parte de las primitivas leyes de los pueblos, creadores de las nacionalidades modernas; y que si palideció ante la atrevida y magnífica concepcion de las Partidas y las exigencias del Renacimiento, ni pudo desparecer entónces, ni hoy puede mirarse sin profundo respeto, ni considerarlo sólo como un monumento histórico sin aplicacion.

Ya lo hemos dicho: la tendencia capital del *Fuero Juzgo* fué la unificacion racional paulatina, pero segura, de la nacion española; y en su tendencia dominante y en la manera de realizarla, el código y sus ilustrados compiladores se adelantaron mucho á su siglo, y quizás por esto, y porque áun el mundo no estaba preparado para comprender idea tan peregrina, vino la invasion sarracena á dar treguas y á preparar nuevos elementos para que á su tiempo triunfase el pensamiento que el código encerraba y que sus compiladores acariciaban con cariñoso entusiasmo.

Científica é históricamente considerado el *Fuero Juzgo*, representa el triunfo de los grandes principios de moralidad y de derecho cristianos, el individualismo, la independencia, la libertad y la igualdad legal, encarnados, por punto general, en todas sus leyes con la profunda intuicion, con la alta ciencia, con la sábia y poderosa iniciativa que distinguia al clero cristiano, y sobre todo al clero español de aquellos tiempos.

16. De este código se han hecho muchas ediciones, así en España como en el extranjero: la primera en París, en 1579, por Pedro Pithou, laborioso jurisconsulto, ignorándose el códice que le sirvió de texto, y que pudo ser el que dieron á la Asamblea de curiales de Barcelona el Conde Berenguer y la Condesa Almoides. Posteriormente Escoto y Lindebrog hicieron dos en Alemania; Italia hizo otras dos, dirigidas por Canciani y Giorgioqui; todas cinco ediciones son del código latino. Villadiego fué el primero que en 1600 publicó en España el romanceado, con preciosos comentarios, que se reimprimió en 1792. La Real Academia Española en 1815, y despues de largos trabajos llevados á cabo por los Sres. Tavira, Lardizábal, Murillo, Jovellános y Flores, que consultaron y compulsaron multitud de códices, publicó una rica edicion, á cuyo frente va un discurso preliminar importantísimo del Sr. Lardizábal; la edicion se reprodujo en 1847, pero suprimiendo el discurso de Lardizábal y sustituyéndolo por una introduccion muy notable del Sr. Pacheco; y, finalmente, se ha hecho en 1873 una nueva edicion con la misma introduccion del señor Pacheco.

La autoridad de que gozó fué inmensa, y no sólo alcanzó á España durante la dominacion goda y la época de la reconquista, sino que la extendió á muchos pueblos de la antigua Galia y de Italia.

17. Hemos terminado el cuadro del imperio godo; le hemos visto nacer con Ataulfo, crecer y robustecerse con Eurico, Leovigildo y Wamba, realizar grandes hechos en la historia política y en la social y científica; llegar al apogeo de su civilizacion y su grandeza, y vamos á presenciar un hecho, quizás único, en el proceso de los tiempos; el de una nacionalidad que se trasforma por completo en el trance de una sola batalla, que perece sin agonía, pero que vuelve de nuevo á la vida, purificada y más enérgica, más potente, más poderosa.

Qué pasaba en España cuando D. Rodrigo ocupó el solio de los godos, á qué extremo los vicios de los unos, las ambiciones de los otros la habian conducido, cosa es que no nos revela la historia, ni nosotros nos atrevemos á adivinar. Por qué una nacion nueva, rica en artes, en ciencia, en civilizacion, ligada y unida por el lazo más fuerte que se conoce, el religioso, se ve invadida por un pueblo enteramente distinto en usos, en costumbres, en

idioma, en aspiraciones, en sentimientos y en religion, y cómo y por qué causas esta invasion se extiende y se dilata por toda la tierra de España con la prontitud del rayo, y se afirma y echa raíces tan potentes, que son necesarios ocho siglos para quebrantarlas, secretos son que se desconocen y que es muy difícil de adivinar.

Raro y peregrino es por cierto que un pueblo de la alta ilustracion del pueblo godo, un pueblo que habia contado en su seno escritores como San Isidoro, legisladores como los que compilaron el *Libro de los Jueces*, no haya tenido un narrador de la gran catástrofe que le trasformó de godo en español. Cierto es que la tradicion, más bien que la historia, nos ha conservado el nombre de Florinda y la leyenda de sus amores con D. Rodrigo, al lado de los nombres del Conde D. Julian, su padre, y del Obispo D. Oppas, unidos á la deslealtad y á la traicion, formando de todo ello una leyenda curiosa é interesante; pero ni eso es la historia, ni ello por sí solo pudo bastar á que la gran catástrofe se realizára: otras causas hubo, otros hechos debieron acontecer para que la gente mora invadiese á España, triunfase de D. Rodrigo y de sus huestes y dominase pacíficamente y en brevísimo tiempo desde el Estrecho de Gibraltar hasta las escarpadas montañas de Covadonga y de Sobrarve.

Como en la mayor parte de las cuestiones históricas acontece, cuando la tradicion se apodera de un hecho y lo adorna con las sorprendentes galas de lo maravilloso y puramente imaginativo, si ademas á ello se presta el hecho en cuestion, los historiadores lo aceptan sin exámen, y lo copian, y lo trasmiten, y lo difunden por mucho tiempo, hasta que la crítica severa mete la hoz en sus novelescas narraciones y las combate, tratando al par con éxito escaso á las veces, de indicar las verdaderas causas y razones de graves y trascendentales acontecimientos. Eso ha sucedido precisamente con el hecho, por demas grave y asaz trascendental para España y para el mundo moderno, de la arábiga invasion: todos los historiadores han aceptado sin exámen la tradicion y han elevado á hecho histórico los amores de Florinda, la venganza del Conde D. Julian y su traicion y la de don Oppas.

18. La crítica moderna, sin embargo, la historia filosóficamente considerada, han comenzado á dudar y á buscar los orígenes de

la invasion musulmana, no en hechos particulares y aislados, sino en causas generales y de razon.

Es indudable que el pueblo visigodo habia perdido mucho de su virilidad y de su energía en una larga paz, en medio de una grandeza y de una prosperidad que le permitió afeminarse, que las luchas intestinas y constantes que se suscitaban con motivo de la forma electiva de aquella monarquía producian odios y enemistades profundas entre las familias más poderosas de la nacion; que en su seno existia una raza rica, numerosa tanto como odiada, despreciada y perseguida, la raza judaica, que debia ser tambien enemiga encarnizada de la gente goda.

A estas causas internas de desconcierto y de debilidad, exclusivas del pueblo godo, se unian otras generales, pero que se relacionaban con el pueblo árabe, con los invasores; hacía muy poco que Mahoma habia dado el Koran á una raza enérgica, valiente y entusiasta, y el Koran habia en ella producido un doble efecto; por una parte habia acrecentado el valor de los musulmanes hasta la exageracion, presentándoles como el mérito más grande á los ojos de su Dios el morir en la guerra santa por sus creencias y por el aumento de su poder; por otra habia despertado un extraordinario espíritu de tolerancia: ambas circunstancias eran las más á propósito para hacer de los árabes un pueblo esencialmente conquistador. Dadas estas premisas, es fácil comprender que, puestos de acuerdo los judíos de España con sus hermanos de Africa, preparasen poco á poco el ánimo de los moros para la invasion; quizás el descontento ocasionado por el destronamiento de Witiza y la elevacion al trono de D. Rodrigo; tal vez las costumbres desarregladas de éste fueran los móviles que impulsaron á los descontentos para buscar en los árabes auxiliares poderosos, que hicieran lo que en tiempos anteriores habian hecho los francos, esto es, cambiar la dinastía; pero olvidaron que se dirigian á un pueblo nuevo y enérgico, ávido de dominacion y de conquistas, que si venía como aliado, pronto se convertiria en señor, como sucedió, sin que ni los pueblos ni los magnates de la nacion goda prestasen gran resistencia.

En la invasion árabe todo es notable, todo especial y peregrino; todas las invasiones que la historia registra han partido del Norte, ésta partió del Sur; en todas ellas ha habido grandes luchas, pero cuando han triunfado no han vuelto jamas al punto de

partida; la gente árabe triunfa en una sola batalla, y todos los pueblos, todas las ciudades, inclusa la capital, Toledo, les abren las puertas y los reciben y capitulan con ellos; pero desde ese mismo momento, los hombres que no habian querido ó no habian podido luchar por su patria y por su Dios, levantan la bandera de su Dios y de su patria, emprenden una de las guerras más tenaces, enérgicas y notables que la historia registra, y despues de ocho siglos de lucha el pueblo invasor vuelve al punto de partida, al Africa, donde se conserva casi lo mismo que cuando ocupaba los afiligranados minaretes de la Alhambra.

Al ocuparnos de la época feudal volverémos á tratar esta cuestion, pues es necesario conocerla para poder estudiar la magnífica epopeya que se llama la reconquista.

---

# LECCION VII.

**Historia del Derecho.—Segunda edad.—Primera época.—España feudal ó de la reconquista.—Primer periodo.—Desde la invasion al siglo XIII.—De variedad absoluta.**

**SUMARIO.**

1 y 2. Introduccion al estudio de la 1.ª ÉPOCA DE LA SEGUNDA EDAD: Rápida ojeada sobre la irrupcion y la reconquista.—3. Por qué la denominamos *época de la reconquista* con preferencia á *época feudal*.—4 al 7. Esfuerzo de la raza goda por afirmar su dominacion; irrupcion de los árabes, causas que la prepararon, razon de la rapidez con que se verificó.—8 y 9. Resistencia de los nobles, comienza la reconquista, unidad legal entre los españoles que fundan los reinos de Astúrias, Leon y Castilla, su base, el *Fuero Juzgo*.—10. La unidad práctica se rompe muy pronto y surge la variedad, esfuerzos que los monarcas hacen por llegar de nuevo á la unidad, San Fernando y Alfonso el Sabio.—11. Por qué esta época se divide en dos periodos.—1.ª ÉPOCA.—1.er *periodo de variedad absoluta* 2.º *de tendencia á la unidad*.—12. Exámen político, legal y social de este 1.er PERÍODO, sus elementos componentes.—13 y 14. MONARQUÍA, su carácter, sus atribuciones, su influencia.—15. NOBLEZA, su carácter, influencia y poder.—16. CLERO, su poder é influencia.—17. PUEBLO, un auxiliar de los reyes, sus derechos y su intervencion en la reconquista.—18. Poder de estos cuatro elementos reunidos.—19. Division de los pueblos, de *realengo, abadengo, señorio* y *behetria*.—20 al 22. Fuentes del Derecho en este período, autoridad del *Fuero Juzgo*.—23. *Fueros* y *Cartas-pueblas*.—24 al 26. Fuero de Leon, su análisis, pueblos á que se concedió.—27 al 29. Fuero de Sepúlveda, su estudio.—30 al 32. Fuero de Toledo, su estudio.—33 y 34. Fuero de Cuenca.—35. Fuero de los fijosdalgo, fazañas y albedríos.—36. Fuero viejo de Castilla, su estudio.—37. Análisis de este Fuero.—Libro I.—38. Libro II.—39. Libro III.—40. Libro IV.—41. Libro V.—42 al 45. Consideraciones generales acerca del sistema foral y del primer período de la 1.ª época, transicion al segundo período.

1. SEGUNDA EDAD. 1.ª EPOCA. ESPAÑA FEUDAL Ó DE LA RECONQUISTA.—Cayó el imperio godo al rudo golpe de la cimitarra sarracena, como la romana dominacion se habia hundido en el polvo de las edades, herida en el corazon por sus vicios y por su degradacion moral, y en el rostro por la framea de los bárbaros. Si la irrupcion de éstos produjo en el coloso romano un sacudimiento

horrible, no lo fué ménos el que en España y en Europa entera debió producir la invasion árabe y la tremenda rota del Guadalete. A juzgar por los hechos aislados, parecia que la España goda, con sus hábitos, sus leyes y su religion habia muerto para siempre, y que en su lugar surgia la España árabe, enteramente distinta en todo de la goda; pero así como la muerte de los estados es el signo característico y distintivo de los pueblos antiguos, la vida es el de los pueblos modernos, y nuestra patria, por cierto, el primer ejemplo y la primera prueba de esta verdad.

2. La monarquía y la civilizacion góticas habian sido cubiertas por el inmenso velo de la irrupcion sarracena, pero un puñado de españoles, que ya no hay hispano-romanos ni godos, se agrupan en las montañas de Astúrias y Sobrarve y tan pronto como se ve la muerte se puede adivinar la resurreccion. Ocho siglos de titánica lucha, y España regenerada, pero aunque no en su forma, en su esencia la España goda, la España cristiana, la España de Eurico y Chindasvinto, de los Isidoros y de los Leandros, aparece y toma altísimo puesto en el cuadro de las naciones.

3. Los ocho siglos que dura esta magnífica epopeya van á ser el objeto de nuestro estudio en esta primera época, llamada por algunos *época feudal*, y que nosotros creemos más exacto denominar de la *reconquista*, no sólo porque este nombre recuerda nuestras glorias, sino porque, como hemos dicho en otro lugar, el feudalismo, el verdadero feudalismo no existió, no pudo existir en un país donde por una parte el valor igualaba al noble y al pechero, y al fijo-dalgo y al rico-home, y en que los pueblos tienen tantas libertades, derechos tantos, como revelan los FUEROS y las CARTAS-PUEBLAS; quizá algunas comarcas, las más próximas á Francia, sufrieran el azote del feudalismo; pero ni se extendió ni echó raíces en el resto de la Península.

4. Innegable cosa es que Chindasvinto y los reyes godos que contribuyeron á la formacion y promulgacion del *Fuero Juzgo* tuvieron un grande pensamiento político y social; en efecto, comprendieron que una nacion como la española, dividida en dos razas, que carecian de unidad de orígen, de unidad de miras, de afinidad de intereses, que estaban sometidas á leyes distintas, y entre las que no existia el fortísimo lazo de union del matrimonio, no tenía las mejores garantías para el progreso y engrandecimiento de su nueva nacionalidad. La publicacion del *Libro de*

*los Jueces*, poniendo fin á esa variedad, unificando tan distintos elementos, fué, como hemos dicho, un gran pensamiento político y social. Empero no basta la voluntad, siquiera sea muy decidida, de los hombres ni de los poderes, para cambiar en un momento dado las condiciones esenciales de ser de un pueblo; es necesario tiempo para que la modificacion se verifique y que se apoye tambien sólidamente en las modificaciones parciales de los elementos secundarios, que tampoco en un instante histórico se varian, así fué que el *Fuero Juzgo*, llevando en sí todos los gérmenes de *fusion* y de *unidad* que pudieran desearse, no realizó la *unidad* ni la *fusion*, y aunque las iba preparando, ni pudo conseguir que ambas razas, goda y española, perdiesen sus caractéres distintivos, ni que el interes de ambas fuera comun, para sostener á todo trance la integridad y la independencia de la patria.

5. Cuando allá en 711 la raza árabe se presenta en nuestras costas del Mediodía, apénas si hacía medio siglo que el código visigodo regía como ley única, y áun existia en España una poblacion numerosa hispano-romana, dominada y sufriendo el yugo de la raza goda ; así que si ésta tenía un interes en sostener su dominacion y poderío, aquélla veia con indiferencia una invasion que sólo significaba para ella un cambio de señores : si á estas causas se agregan las de que la gente goda habia tomado del mundo romano la civilizacion, y con ella el lujo y la molicie; que una larga paz habia enervado su energía y valor primitivos, y que la raza árabe, vigorosa, enérgica y en el período de su virilidad, venía ademas sostenida é impulsada por un dogma religioso que la fanatizaba, podrémos comprender cómo el pueblo que jamas dominaron por completo las victoriosas legiones de la señora del mundo, fué dominado casi en un dia por la raza árabe.

6. Hay más aún : en la marcha providencial de las edades, la invasion musulmana tiene una grande importancia y tuvo un carácter de necesidad imperioso, fué el último golpe dado al mundo antiguo ; fué la fuerza que más contribuyó á destruir los últimos restos de la materialista civilizacion romana, que áun se enseñoreaba del mundo, y que puede decirse cambió en gran parte merced á la nueva savia que la invasion sarracena trajo á España, y que insensiblemente se fué infiltrando en el resto de Europa, gracias á la preponderancia que providencialmente tambien

ejerció nuestra patria en los destinos del mundo; que, como hemos dicho muchas veces, es el de esta pobre y calumniada tierra resolver los grandes problemas de la humanidad.

7. Los sarracenos al invadir á España siguieron las mismas costumbres y la misma política que los godos, si bien trataron de hacer más fácil y llevadera aún su dominacion, porque eran más civilizados; así fué que dejaron á los españoles su religion, sus leyes y hasta la mayor parte de su propiedad, como lo comprueba entre otras cosas la existencia de los *muzárabes* (1), que no eran otra cosa que los descendientes de las familias cristianas á quienes los árabes conquistadores habian dejado sus propiedades y permitido el culto de nuestra santa religion. A estas causas, además de las ántes mencionadas, se debió en gran parte que la conquista fuese tan rápida, como lenta y duradera la reconquista emprendida con tanto valor como energía en las montañas de Astúrias y Sobrarve.

8. Si, como hemos dicho, el poder de los musulmanes se extendió con tanta rapidez por España, y si no encontraron aquéllos gran resistencia de parte del pueblo, en cambio la nobleza y algunos varones esforzados se retiraron á las montañas de Astúrias, y agrupados en torno á la bandera cristiana, juraron defender la religion y las leyes, la patria y las venerandas tradiciones de independencia y libertad. Covadonga fué la cuna de la nueva nacionalidad española, que muy pronto se extendió por aquellas comarcas y dió orígen á los reinos de Astúrias, Leon y Castilla. Luchando un dia y otro dia, un momento y otro momento, sin dar tregua á la lanza ni paz á la espada, los hombres y los pueblos, despertados éstos de su letargo á los nombres de Dios y Patria, van reconquistando palmo á palmo la perdida tierra y reconstituyendo la España moderna, la España eminentemente cristiana: no cabe duda que allá en los escabrosos picos que circundan á Covadonga, reunidos godos y españoles al jurar morir ó salvar á la patria querida, olvidaron las diferencias, y la fusion quedó instantáneamente hecha; tampoco puede dudarse que el código legal por que los nuevos españoles se rigieran fué el *Fue-*

(1) El *Fuero de Toledo* se ocupa de éstos como de una de las cinco clases de personas de que se componia la ciudad, y para quienes el Fuero legislaba; este Fuero se concedió á otras muchas ciudades, y es probable que en casi todas ellas existieran muzárabes.

*ro Juzgo*, y por lo tanto que, al parecer, la ansiada unidad de Derecho se habia alcanzado.

9. Empero verificada esta unidad más bien por la fuerza de las circunstancias que por la voluntad y conveniencia general, muy pronto desaparece en la práctica para dar lugar á la variedad más extraordinaria é inarmónica.

10. En efecto, el carácter especial que reviste la reconquista, la parte activa que en ella toman los pueblos, la necesidad en que los reyes se encuentran de buscar en ellos un apoyo contra las exigencias de los grandes, son causas de que se concedan esos cuadernos, códigos de legislacion especial, que se llaman *Fueros* y *Cartas-pueblas*, que introducen en nuestro Derecho una variedad tan increible como inapreciable en sus formas y en sus efectos. Cierto es que en la apariencia el *Fuero Juzgo* continúa siendo la legislacion comun y general; pero no es ménos exacto que la autoridad de sus disposiciones casi desaparece ante la inmensa variedad de la legislacion foral; este estado de variedad, de lucha, de contradiccion legal, comienza apénas se inaugura la reconquista y dura hasta el siglo XIII, esto es, hasta que habiendo adquirido el poder real la plenitud de su potestad, bajo los magníficos reinados de D. Fernando III y de D. Alfonso X, estos reyes tratan de uniformar la legislacion formal y científicamente, sus colosales esfuerzos no producen todo el efecto deseado, porque se oponen á ello elementos tan fuertes entónces como la nobleza, el clero y los mismos pueblos, celosos todos de sus prerogativas, privilegios y derechos individuales, y la verdadera unificacion no comienza, como verémos luégo, hasta la época de los Reyes Católicos, y hemos dicho *que no comienza*, porque áun en nuestros dias no se ha alcanzado.

11. De lo dicho se deduce que la *primera época* se deberá dividir en dos períodos: el primero, período de variedad absoluta, cuya forma externa se revela en los Fueros municipales, Cartas-pueblas, Fazañas y Albedríos; y el segundo, por la tendencia á la unidad, que caracterizan los trabajos legislativos de San Fernando y D. Alfonso el Sabio; el primer período, que comienza en Covadonga, termina en el siglo XIII, y el segundo, que comienza en el siglo XIII, termina en el XV con el reinado de D. Fernando y doña Isabel.

1.ª ÉPOCA, PRIMER PERÍODO.—DESDE LA INVASION HASTA EL SIGLO XIII, REINADO DE D. ALFONSO EL SABIO.—DE VARIEDAD ABSOLUTA.

12. Examinemos rápidamente este período en su faz política, legislativa y social: iniciada la reconquista, tomaron parte activa en ella los reyes, los señores, el clero y el pueblo, porque todos estaban en ella profundamente interesados, y véase por qué no podemos prescindir, para conocer y apreciar este período, de estudiar y conocer á fondo el carácter de cada uno de esos elementos y la fuerza y vitalidad que representan.

13. *Monárquica* era la forma de gobierno de la España goda, y al reunirse los restos vencidos y dispersos por la invasion, no puede dudarse que aceptarian la forma monárquica, con tanta más razon cuanto que para luchar, y luchar con éxito, es muy conveniente la unidad de mando, de direccion y de poder; pero al mismo tiempo es necesario que ese poder, esa direccion estén encomendados á manos fuertes, á inteligencias superiores; el derecho, pues, á ocupar tan elevado puesto sólo pueden darlo el mérito, la virtud, la inteligencia y el valor: así, pues, tendrémos que el primer elemento será el Monarca, pero electivo.

14. LA MONARQUÍA: en los primeros tiempos de la reconquista la Monarquía es electiva, si bien con tendencia constante de hacerse hereditaria; puede asegurarse que era tambien absoluta. Radicaba en ella el poder legislativo, el ejecutivo y el judicial; sólo el Monarca tenía la jurisdiccion, el derecho de batir moneda, y la fonsadera ó derecho para obligar á los nobles y prelados á quienes habia dado territorios para que acudiesen con su hueste. Jamas en España los reyes enajenaron ni dieron estos Derechos á los grandes, y véase una de las razones en que nos fundamos para creer que en nuestra patria jamas existió el feudalismo en la verdadera acepcion de esta palabra (1).

15. NOBLEZA: no fué escasa su influencia en este período; constantemente en pié de guerra, con su hueste y sus vasallos,

---

(1) Martinez Marina, *Ensayo sobre la Legislacion*, lib. II, §§ 7 y 9. — Ley 29, tít. I, lib. II. *Cod. Wisigot.—Orden. de los Fueros de Castilla*, tít. IV.—*Fuero Viejo*, ley 1.ª, tít. I, lib. I.—Ley 5.ª, tít. XV, Part. II.— *Espéculo*, ley 4.ª, tít. XIV, libro II.

sin estrecha y constante dependencia del Monarca, pero sometida siempre á su poder, la nobleza tomó parte muy activa en la conquista, si bien recibió tambien, en pago, de los reyes grandes mercedes y extensos territorios, que la hicieron rica y poderosa, y que naturalmente le dieron grande influencia en los Concilios, en las Córtes y en el Palacio, cuyos oficios ejercia. No pudo, empero, cimentar un poder fuerte y duradero, porque tuvo constantemente como contrapeso de su poder á los dos elementos de que vamos á ocuparnos.

16. El clero pierde en parte la alta ciencia y preclaras virtudes que ostentáran las grandes lumbreras de la Iglesia hispano-romana, cediendo á las circunstancias, á la necesidad y á su propia conveniencia, el *clero* cambia la pluma por la lanza y se hace guerrero, y como todo el que siente circular por sus venas sangre española, la derrama por el triunfo de la religion y de la independencia; el clero, pues, se erige en un poder que contrabalancea constantemente el de los grandes, por más que los obispos y el alto clero tengan el mismo carácter y la misma consideracion de grandes y ricos-homes.

17. El pueblo, resto tal vez de los hispano-romanos, conserva de éstos el municipio, y en derredor de él se agrupa como si fuera su bandera, pero no se mantiene ocioso en la lucha; muy al contrario, se lanza á ella y combate al lado del Rey y del señor. Comprenden muy pronto los Reyes que el gran punto de apoyo para oponerse á las exigencias y preponderancia de la nobleza y del alto clero es el pueblo, y comienzan á concederle franquicias, derechos y leyes especiales; aprovéchanse los pueblos de estas circunstancias, buscan en esas concesiones el medio de conservar su libertad, su independencia, oponerse al orgullo absorbente de los grandes, y áun, poder un dia, por el valor y los merecimientos, igualarse á ellos, y los Fueros se multiplican de una manera notabilísima.

18. Estos cuatro elementos reunidos formaron los *cuatro brazos* que constituian las Córtes, pues al par que los Reyes las convocaban, presidian y presentaban en ellas las peticiones que tenian por conveniente, la nobleza, el clero y el pueblo, estado llano, venian á deliberar y decidir, conteniendo á los Reyes unas veces, y otras uniéndose á ellos el pueblo, para imponerse á los señores y a clero.

19. Dividíanse los pueblos en *realengos*, de *señorío*, de *behetría* y de *abadengo*, segun que dependian directamente del Rey, de la nobleza, del poder por ellos elegido ó del clero; pero realmente, y con no muy numerosas excepciones, jamas, como hemos dicho ántes, los Reyes se desnudan por completo del DOMINIO Y SEÑORÍO SUPREMO, y muy repetidas veces el ESTADO LLANO en *Córtes* les exigió y representó contra el abuso de cederlo ó enajenarlo á los grandes ó al clero.

20. De lo expuesto en esta leccion se deduce que las *fuentes del Derecho*, en el primer período de la tercera época, serán el *Fuero Juzgo*, los *Fueros particulares* y *Cartas-pueblâs* y las *costumbres*, que recibieron el nombre de Fazañas y Albedríos : pasemos á examinarlas.

21. Ya hemos dicho que en los primeros tiempos de la reconquista y de las nacientes monarquías de Astúrias, Leon y Castilla, ocupados los españoles sola y exclusivamente en guerrear y combatir con el enemigo comun, habiéndose abrazado con cuanto les recordaba el perdido imperio godo, y fusionadas las dos castas, ni se pudieron ocupar de legislar, ni querian separarse un punto del código venerando de sus abuelos; la ley comun, pues, durante mucho tiempo fué para aquellos reinos el *Fuero Juzgo*, y al par que la razon, nos lo demuestran y comprueban multitud de datos históricos innegables (1).

22. Empero el *Fuero Juzgo* era un código compilado para una nacion constituida y para regir en tiempos normales, y ni los reinos que se habian formado estaban constituidos, ni las circunstancias eran normales; muy al contrario, las nuevas nacionalidades debian constituirse de una manera especial y esencialmente distinta de la monarquía de Recaredo y Chindasvinto, y las circunstancias no podian ser más anormales, más difíciles ni más

(1) Silense, *Crón.*, núm. 25.—D. Lúcas de Tuy, *Crón.* p. 37-74.—*Crón. Albd.* núm. 58.—Flores, *España Sagrada*, t. XL, pág. 123, y app. XIV.—Idem, t. XXXIV, pág. 260.—Berg., *Ant.*, t. II, apénd. escrit. LXXIII y LXXVII.—Silense, *Crón.* número 68.—En 999 D. Bermudo decidió un pleito sobre esclavitud por la ley 17, tít. I, lib. X del *Fuero Juzgo*.—Florez, *España Sagrada*, t. XXXIV, pág. 310, y tomo XXXVI, apénd. IV, pág. 7; t. XIX, pág. 183; t. XXXV, pág. 22; t. XL, pág. 158. Escritura otorgada en 22 de Enero de 1029 por Beremundo III á favor del Obispo de Lugo.—Arzobispo D. Rodrigo, *Hist.*, lib. VI, capítulos IX y XIII.—M. Risco, *Historia de Rodrigo Diaz de Vivar*.—Florez, *España Sagrada*, t. XXIX, página 192, refiriéndose al concilio de Troyes.—Lardizábal.—Jerónimo de Blancas, *Historia de Aragon*.—Real Cédula de 15 Julio 1788.

várias: en aquella guerra santa, en el triunfo de aquella idea noble, grande y generosa de independencia y de libertad todos tomaban parte, nadie estaba ocioso, y era natural y necesario que todos quisieran legítimamente sacar partido de sus trabajos y de sus sufrimientos, y al tiempo mismo arbitrar los medios para continuar con ventaja la grande obra. Los pueblos, el clero y la nobleza tomaban de consuno parte en la reconquista, y todos y cada uno buscaban su compensacion; los pueblos en leyes especiales acomodadas á sus sacrificios, á sus necesidades, á su manera de ser y á su posicion geográfica con respecto al enemigo; la nobleza y el clero, con relacion á sus servicios personales, en tierras y privilegios.

23. Así, pues, los pueblos apénas sacudian el yugo sarraceno y entraban á formar parte de las nuevas nacionalidades, como sentian necesidades nuevas y distintas de las que les aquejaban y conmovian cuando se formó y promulgó el *Fuero Juzgo*, y no podian con este código satisfacerlas, pedian nuevas leyes, y los Reyes, que comprendieron toda la importancia de acrecer el poder de esos mismos pueblos, ya para favorecer y estimular la guerra, ya tambien para encontrar un elemento de poder en que apoyar y vigorizar el suyo, les concedieron leyes y derechos especiales y distintos de pueblo á pueblo, de localidad á localidad.

24. El primer FUERO de que tenemos noticia, pues aunque algunos citan los de Melgar, Suso y Castrojeriz, son tan incompletos que más merecen el nombre de Cartas-pueblas, es el *Fuero de Leon*, que parece debió darse en el Concilio celebrado en esta ciudad en el año de 1020, y del que se ocupan extensamente muchos autores (1), no ha sido bien conocido hasta que la Academia de la Historia le publicó en el tomo primero de la *Coleccion de Fueros*, preparada con cuidadoso esmero por el laborioso Sr. Muñoz; así que el mismo Martinez Marina lo trata muy por encima y con sobrada rapidez y poca crítica (2). Puede considerarse como un cuadro de legislacion general, eclesiástica y municipal. Contiene cuarenta y ocho cánones, pues aunque el M. Risco añadió el cuarenta y nueve, éste no se ha hallado en los códices consultados por la Academia ni consta en el publicado por Muñoz.

(1) Florez, M. Risco, Reguera, Martinez Marina.

(2) Martinez Marina, *Ensayo sobre la Legislacion*, lib. IX, § 6.—Muñoz, *Coleccion de Fueros*, publicados por la Academia de la Historia, t. I.

25. Trátase en este Fuero de los asuntos que deben llevarse á los *Concilios*, de la adquisicion de las iglesias, robos de los bienes de éstas, denuncias de homicidios ante el merino del Rey; previene que los *homicidios* y los *rausos*, ó sea, segun unos, las composiciones por las heridas, segun otros los raptos, pertenezcan al Rey; impone penas á los que mataren á los alguaciles del Rey; renueva la obligacion de ir al fonsado; manda que en la ciudad de Leon y en todos los pueblos y alfoces haya jueces nombrados por el Rey; concede derecho de asilo á los que se avecinden en Leon; exceptúa á sus moradores del rauso, fonsadera, mañería y mincion ó luctuosa; decide que los pleitos se sentencien en la capital; proscribe el fuero de sayonía, prohibiendo á los sayones y merinos que entren violentamente en las casas, así como demandar á una mujer casada estando ausente el marido, y finalmente, en el cánon cuarenta y ocho establece severas penas contra los que infringieren á sabiendas las disposiciones de este Concilio.

26. Extendióse este *Fuero* á otros muchos pueblos, tales como Villavicencio, Carrion y Llánes.

27. Antiguo y muy celebrado es el *Fuero de Sepúlveda*, cuyas disposiciones, no sólo se hicieron extensivas á muchos pueblos de Castilla, sino tambien á muchos de Aragon. Sábese que primitivamente constó de treinta y dos leyes escritas en latin, si bien despues se aumentó extraordinariamente: ignórase quiénes fueron sus autores; unos lo atribuyen á Sancho García, otros creen que existia ya en tiempos de los Condes Fernan Gonzalez, García Fernandez, Sancho García y el rey D. Sancho el Mayor (1).

28. Del importantísimo *Fuero de Sepúlveda* existen, como hemos indicado, dos colecciones: la una, la antigua, la primitiva, escrita en latin, probablemente en 1076, y que archivada se conserva; posteriormente se conoce como *Fuero de Sepúlveda* un precioso cuaderno de leyes romanceadas que parece de época de D. Sancho el Bravo ó de D. Fernando IV. Consta este *Cuaderno* ó *Fuero* de 253 capítulos, insertos en unas cuarenta y ocho ó cincuenta hojas de pergamino, se encabeza del mismo modo que el antiguo y sigue la asignacion de términos enteramente distin-

(1) D. Rodrigo, *De rebus Hisp.*, lib. V, c. III.—Asso y Manuel, *Introduccion á las instituciones del Derecho de Castilla.* Se conserva en el archivo de Sepúlveda, cax. 6, núm, 5.—D. Rafael Floranes, *Introduccion á este Fuero.*

ta, tiene grandes puntos de afinidad con el *Fuero de Cuenca*, que luégo examinarémos.

29. Contiene multitud de notabilísimas disposiciones, que nos ayudarán á caracterizar esta época de nuestra historia legal. Dispónese en él que el forastero que mate á un vecino, áun en propia defensa, pague multa doble; si es al contrario, el vecino matador nada paga; si el forastero homicida no tuvo la causa expresada, sea ahorcado ó despeñado, sin que le valga asilo; el que acusaba la muerte áun podia retar hasta ocho personas, que si no comparecian se considerarian como enemigos y tendrian que pagar el homicidio; el padre pagaba el homicidio del hijo bajo potestad si se refugiaba en su casa; se establecian penas contra el que heria ó mataba á moro ó judío, y contra éstos si herian ó mataban á un cristiano; lo que el señor debia pagar por la muerte de un vasallo, por las heridas ó lesiones; penaba el adulterio, el rapto y los delitos contra la castidad, contra la propiedad y los daños causados en los campos; concedia á todo poblador el derecho de asilo, no sólo por las deudas y fianzas, sino por los delitos; proclamaba la ley de amortizacion, el fuero de troncalidad para que la raíz vuelva á la raíz; el que tuviere ó poseyere heredad sin reclamacion por año y dia (dos años), la prescribia.

30. No es ménos notable el FUERO DE TOLEDO, concedido á esta ciudad y su territorio en 1118, y en él se comprende el que en 1101 se dió á los muzárabes de aquella capital. Divídese la poblacion de Toledo en cinco clases, á saber: los *muzárabes*, los *castellanos*, los *francos*, los *moros* y los *judíos;* se permite á éstos que vivan segun su ley, y se conceden fueros especiales y privilegios apreciabilísimos á cada una de las clases que hemos dicho componian la ciudad.

31 y 32. Si nos fuera permitido, sin faltar á la concision característica de este libro, hariamos el análisis de *Fueros* tan importantes como los de Avilés (1), Palencia, Zamora, Alcalá de Henáres y tantos como ilustran esta parte de la historia de nuestro Derecho; pero no siendo esto posible, nos ocuparémos, para terminar, de uno más importante que todos los indicados.

---

(1) Acerca de este *Fuero* existe un notabilísimo trabajo del sabio y erudito señor Fernandez-Guerra.

33. El FUERO DE CUENCA, del que hablarémos ligerísimamente, es el más completo y perfecto de cuantos existieron en Castilla y en Leon. Copiosa colecion de leyes notables, más bien se puede considerar como un compendio de Derecho civil ó suma de instituciones forenses, segun en el prólogo decia su mismo autor, en que están reunidos los principales puntos de jurisprudencia con los antiguos usos y costumbres de Castilla, que como un fuero municipal (1). Dióse por D. Alfonso VIII, y se cree que por los años 1190 al 1191.

34. Contiene este *Fuero* cuarenta y cuatro capítulos, y en cada uno de ellos, excepto el último, un considerable número de leyes (2). Entre ellas merecen especial mencion las que mandan: que todo domiciliado en Cuenca, sea cristiano, moro ó judío, goce del mismo fuero; que el concejo no salga á campaña sino con el Rey; que ninguno dé ni venda heredad ni raíz *á hombre de órden ni monje;* que todo el que entre en órden lleve á ella sólo el quinto de su mueble y no más; que el resto de sus bienes pertenezca á sus herederos. En lo criminal: que el que matáre á alguno durante la feria, sea enterrado vivo debajo del cadáver; el homicida forastero no tenga asilo y sea despeñado; el ladron pague el duplo de lo robado y una multa al Rey, ó sea despeñado; quemado el forzador de mujer casada, y el marido pueda matar á los adúlteros; finalmente, admite las pruebas del hierro candente y el duelo.

35. Hemos terminado la ligera reseña que de los FUEROS MUNICIPALES, ó sea de la legislacion que en este período se dió para el PUEBLO, nos habiamos propuesto hacer, y vamos á ocuparnos de la *Legislacion consuetudinaria*, aristocrática, que parece arrancar de las *Córtes de Nájera*, celebradas en 1138 reinando don Alfonso VII el Emperador, y que con los títulos de *Fuero de los fijosdalgo*, de las *Fazañas* y *Albedríos*, compuso lo que se conoce con el nombre de FUERO VIEJO DE CASTILLA. Como prueba del cuidado que tuvieron los Reyes en alentar al PUEBLO para que se engrandeciese, y tener á raya á la NOBLEZA para que no se pusiese nunca sobre la POTESTAD REAL, podrémos aducir que miéntras en el período que examinamos se multiplicaron los *Fue-*

(1) *Crón. de Alfonso VIII*, c. LXI, núm. 4.
(2) Martinez Marina, lib. IV, § 26.

*ros municipales* de una manera prodigiosa, la *Nobleza*, que pidió y casi obtuvo un Fuero nobiliario en las Córtes de Nájera, necesitó más de dos siglos de lucha, hasta que en 1348 se insertó en el tít. XXXII del Ordenamiento de Alcalá, y en 1356, reinando don Pedro de Castilla, se ordenára definitivamente y se publicára el *Fuero viejo*.

36. Consta el FUERO VIEJO de cinco libros, divididos en títulos, y éstos en leyes, y su análisis es el que sigue:

### LIBRO I.

37. Fíjanse en él los Derechos del Rey y de la nobleza con relacion á ella misma, al Monarca y á los vasallos: fíjanse las cosas que pertenecen al Rey por razon de señorío y que no puede enajenar, y son: *justicia*, *moneda*, *fonsadera* y *yantar* (ó derecho en el Rey de cobrar una contribucion para su mantenimiento). Prohibe que las heredades del Rey se enajenen á hidalgos y monasterios; habla de la manera de hacer la entrega, la guarda y la devolucion de los castillos del rey; enmienda que se le ha de pagar por quebrantamiento de su palacio; tiempo que el hidalgo debe servir por la soldada de su señor; obligacion del vasallo de dejar al señor como mincion, una de las mejores cabezas de ganado. Concede á los ricos-hombres facultad de despedirse del servicio del Monarca, y á los vasallos del de su señor, y al Monarca el derecho de echar de su tierra á cualquier señor, con obligacion en éste de respetar en guerra la vida del Rey y sus hijos; regula los desafíos y señala la necesidad de ser rico para ser fijodalgo; los quebrantamientos de bienes de éstos y las caloñas; los solariegos, y facultades que sobre ellos tiene el señor de poderles prendar en la persona y bienes.

### LIBRO II.

38. Trátase en él del Derecho criminal: admite las composiciones por homicidios, heridas, lesiones, mutilaciones y palabras injuriosas: señala las penas á los raptores y forzadores de mujeres y á los hurtos; las causas por que se puede hacer pesquisa, y en fin, se ocupa de las lesiones causadas á perros y aves de caza, y daños á los árboles.

LIBRO III.

39. Se ocupa del procedimiento; habla de los árbitros, alcaldes, voceros; de las demandas y emplazamientos; pena al demandante que no prueba sus derechos; trata de las pruebas, de las sentencias, cobro de deudas, prendas y fianzas; el título VII contiene una ley que prescribe puede ser tomado en prenda el solariego y puede dejársele morir de hambre.

LIBRO IV.

40. La materia de contratos es el objeto de este libro: se dispone que sólo pueda comprar y poblar heredades el hidalgo en pueblos en que fuere *devisero;* que las ventas se hagan públicamente y de dia para que puedan los parientes ejercer el derecho de tanteo, y habla de las pescas en aguas ajenas, arrendamientos y labores de los molinos.

LIBRO V.

41. Trata de la dote, segun el sistema godo, de los gananciàles, nulidad de compras y ventas hechas por la mujer sin licencia del marido, de las herencias, sistema de troncalidad, modo de hacer las particiones, guarda de los huérfanos, permision al mayor de diez y seis años para vender sus bienes; pena con desheredacion á la doncella que contraiga matrimonio sin licencia de sus parientes, y termina con un apéndice en que inserta várias fazañas.

42. De todo lo dicho se deduce que si fuéramos á enumerar todos los *Fueros* concedidos en este período de nuestra historia, hallariamos casi tantos como pueblos: verdad es que habia en todos ellos cierta *unidad;* verdad tambien que un solo *Fuero* solia concederse á muchas ciudades, villas y lugares; pero esto no disminuye en lo más mínimo la anarquía legal, la *variedad* legislativa que caracteriza al primer período de la primera época. Las ligeras indicaciones que respecto á los *Fueros municipales* hemos hecho, demuestran que en ellos se trataban todos los ramos del Derecho; pero que el más descuidado fué el civil; su mayor importancia la tienen bajo el aspecto político y social; tendieron á

dar vida, independencia y libertad á las municipalidades, á enriquecerlas y ponerlas en estado de luchar ventajosamente con la nobleza y alto clero; ellas fueron el punto de apoyo poderosísimo que hallaron los Reyes para oponerse á las exigencias de esas dos clases privilegiadas, para mantenerlas á raya y para conseguir que si una sombra de poder feudal apareció en España, no arraigase jamas y pudiera predominar.

43. En la parte política, pues, la tendencia de los *Fueros* era la misma en todos ellos; en la parte civil toman mucho del *Fuero Juzgo*, pero siempre dirigiéndola de modo que convergiese con aquélla; en la parte penal es una legislacion bárbara y absurda la que contienen, muy inferior á la del Código godo, pero conforme con el estado de España.

44. Hemos visto cómo, conservando los Reyes y los pueblos la administracion de justicia, sancionando la desamortizacion, prescribiendo que se puedan demoler los castillos de los nobles y asistiendo los concejos á la guerra, se convierten en un poder tanto ó más respetable que la *Nobleza*, y tanto es así, que ésta necesitó más de dos siglos para conseguir, como hemos dicho, que sus privilegios y derechos feudales pasasen á formar un cuerpo legal.

45. Pero al propio tiempo que esto sucedia, al propio tiempo que se engrandecia la nacion, se sentia la necesidad de dar unidad á la ley, destruyendo así antagonismos naturales de pueblo á pueblo y preparando la unidad política. San Fernando trató de iniciar este gran pensamiento y encargó á su hijo D. Alonso que le llevase á feliz término; en estos dos monarcas comienza el segundo período, que será objeto de las lecciones sucesivas.

---

# LECCION VIII.

**Historia del Derecho.—Segunda edad.—Primera época. —España feudal ó la reconquista.—Segundo período.—Desde el siglo XIII al XV.—Tendencia á la unidad.**

SUMARIO.

1. Primera época, segundo período, *tendencia á la unidad.*—2 al 7. Estado social y político de España en estos tiempos.—8 y 9. MONARQUÍA, su estado, sus tendencias.—10 al 12. CONSEJO REAL, su historia, su importancia.—13 al 15. AUDIENCIAS, su organizacion, su mision, su objeto.—16. NOBLEZA, su estado político y social.—17 y 18. *Mayorazgos,* su tendencia.—19. CLERO, su influencia, su poder.—20 al 22. ULTRAMONTANISMO, su orígen, su influencia.—23 y 24. PUEBLO.—25 al 30. CONCEJOS.—31 al 38. CÓRTES.

1. PRIMERA ÉPOCA. ESPAÑA FEUDAL Ó DE LA RECONQUISTA.—SEGUNDO PERÍODO DESDE EL SIGLO XIII AL XV.—TENDENCIA Á LA UNIDAD.

2. En la precedente leccion hemos trazado á grandes rasgos el cuadro que presentaba España durante el *primer período* de la primera época. Hemos visto que existia un centro de *unidad* representado por el *Poder Real;* pero que si se exceptúa éste, en todo lo demas la *variedad* más absoluta, más general y más completa le caracterizaba; no sólo era distinta la legislacion para la *nobleza,* para el *clero* y para el *pueblo,* sino que en cada territorio, en cada lugar de los que formaban parte de la nacion, esas tres clases se regian ademas por distintas leyes. Si las necesidades del momento, si la forma especial con que se realizaba la reconquista, si el pensamiento político de los reyes pudieron ser causas bastantes para sostener durante el largo período que media desde la invasion hasta el siglo XIII esa variedad inmensa, la misma política de los reyes, el engrandecimiento de su poder y de la monarquía, los progresos de la ciencia, las necesidades mismas del

país exigian ahora un cambio radical en la manera de ser de nuestra patria y de sus instituciones.

3. Comprendiéronlo así los *monarcas* y los hombres más aventajados de la nacion, y con fuerte empeño se dedicaron á la grande obra de la *unificacion* del Derecho; empero, lo hemos dicho muchas veces, no basta con la voluntad, siquiera sea enérgica é ilustrada, de aquellos que gobiernan los estados para hacerles cambiar en un momento dado sus instituciones; es preciso vencer. para conseguirlo, la multitud de concausas más ó ménos importantes, algunas de ellas que se escapan á la más sutil penetracion, y que, sin embargo, pueden ejercer una inmensa influencia en el presente y en lo por venir de los pueblos; es necesario volver con insistencia los ojos al pasado, donde por punto general esas causas radican, y buscar allí su orígen para en su orígen combatirlas, y como esto no se hizo, como tal vez no pudo hacerse, en el período que vamos á examinar, de aquí que todos los elementos componentes de la monarquía española, hasta los pueblos, interesadísimos en que la legislacion se unificára, se convirtieron en elementos contrarios al gran pensamiento, é hicieron estériles los heróicos y magníficos esfuerzos de San Fernando y Alfonso el Sabio y de sus sucesores, y áun de los mismos Reyes Católicos.

4. En efecto, la nobleza, apegada al *Fuero de los fijos-dalgo* y al derecho *consuetudinario,* que se traducia en *Fazañas* y *Albedríos;* el clero tratando, apoyado en los *Cánones* y *Decretales*, de formar un *estado* poderoso é independiente dentro del estado social de la nacion española, y el pueblo viendo en sus *Fueros* y *Cartas-pueblas* el grande y poderoso elemento de su libertad y de su independencia, todos y cada uno por su interes, por su amor propio y por el temor, natural tal vez, de que el poder absorbente del monarca tratase de mermales sus privilegios y exenciones, se opusieron directa ó indirectamente á la grande obra emprendida por la monarquía.

5. A pesar de cuanto hemos indicado, un algo superior á la voluntad general hace que este período se diferencie mucho del anterior, y que pueda indudablemente considerarse como el ingreso á la época tan apetecida de la unidad, nacida de la armonía de elementos varios.

6. Acrecido el poder de la monarquía, consolidadas las de Leon

y Castilla en un solo monarca, minado por aquélla el poder de los magnates y de la nobleza, aumentando, al par que los atributos esenciales de aquel poder, la fuerza, riqueza y poderío de los pueblos, verémos de dia en dia debilitarse el elemento nobiliario, hasta que en tiempo de los Reyes Católicos le veamos reducido á ser sólo gala y ornato del trono; si durante el primer período pudo soñar la nobleza española con adquirir todo el poder del feudalismo, durante el segundo le van los reyes, apoyados por los pueblos, cercenando ese poder, sin tregua y sin descanso, y consiguen que el feudalismo no arraigue en nuestro suelo, si es que alguna vez puede decirse que tuvo influencia. Miéntras el pueblo, aunque disgregado, y sin ningun lazo comun de union, pero merced á sus fueros, á su participacion en la lucha y á su adhesion á los monarcas, conquista cada dia derechos nuevos, y llega ántes que en ningun otro estado de Europa á ser legislador, teniendo voz y voto en las Córtes españolas (1).

7. Los elementos constitutivos que en la precedente leccion dijimos que formaban la nacionalidad española son los mismos que entran en su composicion, en el período que nos ocupa, el monarca, la nobleza, el clero y el pueblo.

8. MONARCA. La monarquía, electiva en un principio, y al arbitrio, por lo tanto, de la nobleza, se habia ido poco á poco convirtiendo en hereditaria, aunque no de derecho, lo cual por sí solo era un gran elemento de fuerza que, unido á la extension que tomaba el territorio, y al valor y altas prendas de muchos de los reyes de aquella época, la hacian fuerte y poderosa: fuerte y poderosa se ostenta cuando Fernando III, rindiendo á Sevilla en 1248, parece que tocaba ya el término de la reconquista; por estos tiempos los reyes tienden la vista, y hallando frente á sí un poder, la nobleza, que les amenaza y quiere dominarlos, trata de destruir, ó á lo ménos de cercenar por su raíz este poder, y á ello, sin duda alguna, tienden todos los esfuerzos de San Fernando, de D. Alonso su hijo, de D. Pedro I de Castilla, y de los Reyes Católicos sobre todo, que al terminar este período, como hemos ya dicho, realizan el pensamiento. ¿Qué otra cosa más fueron el deber impuesto por *fuero* á las municipalidades de levantar hues-

(1) En Francia no aparece el tercer estado hasta el año de 1302; en Inglaterra, en tiempo de Juan Sin Tierra.

tes que auxiliasen al rey, así en la guerra exterior y contra infieles, como en la interior ó civil, la administracion de justicia sólo otorgada á los alcaldes elegidos por el pueblo ó dados por el rey, la exencion de pena á los que destruyesen castillo ó poblacion de nobles, fundados en el término de las municipalidades, y el ingreso en las Córtes del *tercer estado?* (1); ¿qué otra cosa la creacion de los *adelantados de córte* y de las *provincias*, *merinos mayores* y *menores*, *alcaldes de casa y córte* y *Audiencias*, únicos encargados del órden judicial y todos nombrados por el rey? ¿Qué, en fin, el *Consejo Real*, de cuyas instituciones vamos á ocuparnos?

9. Téngase presente que todas estas instituciones emanaban del poder real, que todas ellas eran elementos de fuerza que aumentaban la de aquél, y que si alguna vez los ricos hombres ejercian la jurisdiccion, lo hacian sólo como una excepcion, como un privilegio especial concedido por los monarcas.

10. CONSEJO REAL. Este alto cuerpo consultivo fué creado sin duda alguna con la intencion de aminorar el poder de la *grandeza*, acrecentando el del *tercer estado.*

11. Distintas y muy encontradas opiniones se siguen acerca del orígen de este Cuerpo y época de su creacion (2). Quiénes le atribuyen á los reyes godos, y buscan su orígen en el *Oficio palatino;* quiénes á San Fernando, unos á Enrique II, otros, en fin, á Don Juan I. Parece probable que el *Oficio palatino*, conservado tal vez durante la reconquista, fuera sólo el consejo privado del rey, y por lo tanto, no la base del *Consejo Real.* De las tres opiniones la más aceptable es la que atribuye su creacion á D. Juan I en 1385 próximamente. Compúsose de doce consejeros, pertenecientes á los distintos *órdenes* del Estado, y sus facultades fueron meramente gubernativas. Presidíalo un *gobernador*, y se sustituyeron los *ciudadanos* por cuatro letrados, con el objeto de equilibrar la influencia de los nobles y del clero.

12. Aumentó hasta diez y seis el número de plazas, y dió algu-

---

(1) Martinez Marina, *Ensayo sobre la Legislacion,* lib. III, § 34 y siguientes.

(2) Florez, *España Sagrada*, t. XVII, apénd. IV.—Tomo XLI, apénd. XIV.—Tomo XVI, apénd. X y apénd. XXI.—Tomo XXXIV, apénd. XXIII.—Tomo XXXVI, apénd. IV.—Ley 5.ª, título IX, Partida II.—Burriel, *Memorias para la vida de San Fernando.*—Nota 1.ª á la ley 1.ª, título III, libro IV de la *Novísima Recopilacion.*—*Crónica de D. Juan II,* años 1421 y 1436.

nas ordenanzas para el gobierno de este alto Cuerpo. Don Juan el II, al par que aumentó hasta setenta y cinco el número de consejeros, le dividió en dos salas. Los Reyes Católicos le constituyeron definitivamente, y de ello nos ocuparémos más adelante.

13. Audiencias. Hemos dicho ya que la administracion de justicia era un atributo esencial del *monarca*, que lo ejercia por medio de jueces nombrados por él, y que recibieron diversos nombres; como complemento de la judicatura se establecen los tribunales colegiados, que con el nombre de *Audiencias* conocemos. Consta que D. Enrique II nombró siete oidores, de los cuales tres eran *obispos* y cuatro *letrados;* les señaló los dias de audiencia; les obligó á servir los cargos por sí mismos, y marcó el órden y manera de proceder. Aumentó D. Juan I el número de oidores á diez y seis, de los cuales diez eran *letrados* y seis *obispos*, dando nuevas reglas para la sustanciacion de los pleitos, señalando cuáles habian de someterse á su conocimiento, y dándoles por asiento á Segovia.

14. Durante la minoridad de D. Juan el II se dividió la *Audiencia*, constituyéndose una parte de ella en Andalucía, pero muy pronto cesó esta separacion. Basta fijarse en los elementos constitutivos de la *Audiencia* para comprender que no sólo estaban separados de ella los grandes, sino que áun los obispos estaban en minoría, y que la mayoría de los oidores eran letrados, ó lo que es lo mismo, pertenecientes al estado llano.

15. Respecto á su creacion, hay distintas opiniones: unos creen que se debe á D. Alonso XI, otros que á Enrique II. Lo que sí es cierto que el primer documento legal en que se habla de los oidores es en las Córtes de Toro de 1371 (1).

16. Nobleza. Turbulenta, ambiciosa y guerrera como en el primer período de esta época, lucha con los reyes, tratando siempre de imponerse á ellos y de dominarlos, como realmente lo hacía siempre que ocupaba el trono un monarca débil ó atravesaba el país una minoría; pero en este segundo período la nobleza se halla frente á frente con dos poderes de gran fuerza é importancia que contrarestan sus esfuerzos, y empieza la época de su decadencia: en efecto, el *clero* por una parte, cuya tendencia era tambien á la dominacion, y los *pueblos* por otra, que tendian á

(1) Coleccion de la Academia de la Historia.

conservar sus libertades aumentándolas, se oponian constantemente á los deseos de los nobles, y se agrupaban al rededor del trono y prestaban su fuerza á los reyes para ayudarles á realizar tamaña empresa. Así es que si bien la *nobleza* conservó sus derechos, si en este período consiguió verlos definidos y hasta cierto punto metodizados con la sancion dada por D. Pedro I en 1356 al *Fuero viejo*, tan combatido por los reyes, ello es lo cierto que los fueros municipales y los derechos del *pueblo* mermaron real y efectivamente los de la nobleza, si es que tambien el lujo y las riquezas no contribuyeron á hacerle perder el nervio y energía de los primeros tiempos.

17. Las leyes del reino, los fueros, las costumbres, el sentimiento popular, todo, todo en España se oponia á la amortizacion; pero la ambicion del clero y de los rico-homes y la debilidad de algunos monarcas hicieron surgir, allá por los siglos XI, XII y XIII, la amortizacion civil y eclesiástica; nobleza y clero comprendieron perfectamente que allí donde estuviera la riqueza estaria el poder, y trataron de vincular la riqueza. De este pensamiento surgen los *mayorazgos*, que puede decirse no tienen en España carta de naturaleza hasta que D. Alfonso el Sabio fija en las Partidas el órden de suceder á la corona, toda vez que la palabra *mayorazgo* no aparece hasta los tiempos de D. Enrique II, que habla de ellos en una cláusula de su testamento. Esta institucion cuya tendencia indudable fué, como hemos dicho, asegurar á la clase aristocrática grandes bienes, y con ellos el poder y la dominacion, puede considerarse como una prueba más de la decadencia en que entraba. Miéntras fué fuerte y poderosa, miéntras el valor era por sí solo el elemento de engrandecimiento, la nobleza no necesitó más que su brazo; cuando al lado del valor se coloca la inteligencia, la nobleza, ménos belicosa en este período que en el anterior, y mucho ménos instruida que el clero y el pueblo, tiene que buscar su fuerza y punto de apoyo en la riqueza y en la vinculacion (1).

18. A su tiempo, en el tratado de Derecho civil, nos ocuparémos detenidamente de esta institucion ya casi histórica, merced al movimiento progresivo de los tiempos y de las edades; pero que aún y por mucho tiempo ha de tener aplicacion práctica.

(1) No pueden considerarse como una institucion feudal, pues se diferencia mucho de la contenida en el *Libro de los feudos* de Lombardía.

19. CLERO. Si grande y poderosa habia sido la influencia del clero español desde que Recaredo abjuró el arrianismo, mucho más enérgico y potente fue en el período que examinamos: á pesar del poder que el *clero* ostentó cuando brillaban en él lumbreras tan preclaras como los Leandros y los Isidoros, á pesar de la parte activa que tomaron en la reconquista, no habian podido conseguir que la ley de amortizacion se aboliese, ni que se hiciera de él una clase especialmente privilegiada, hasta que don Alonso el VI, influido por sus mujeres y por los monjes de Cluni, que al venir de Francia á establecerse en España trajeron una legislacion canónica aquí desconocida (1), consiguieron que aquel rey derogase la ley desamortizadora sancionada por él, y naciese, contra la voluntad y los intereses de los pueblos, la *mano muerta eclesiástica*. Desde este momento la riqueza é influencia del *clero* se acrecientan de una manera pasmosa. Tras el derecho de adquirir y vincular, estancando la propiedad, viene la exencion de pechos, tanto reales como personales, que se extendió á los clérigos menores, y hasta á los vasallos y collazos de los monasterios é iglesias, y áun á los bienes y heredades que pasaban de *realengo* á *abadengo;* amplióse el asilo sagrado de un modo extraordinario, y siguiendo la doctrina de las *Decretales*, trataron de hacerlo un derecho inherente á la Iglesia, sin dependenciad el poder real, eximiéronse de la jurisdiccion real, si bien al mismo tiempo las leyes, especialmente las de Partida, mermaron la jurisdiccion que nuestros *cánones* concedian á los obispos para aumentar la autoridad de los Papas (2).

20. ULTRAMONTANISMO. La Iglesia española habia conservado con la integridad de su doctrina la de su poder, su jurisdiccion y su independencia, cimentadas en los célebres CONCILIOS DE TOLEDO, y continuadas hasta los tiempos de Alonso VI; pero desde esa época, la introduccion de las *Decretales* y de *Cánones* y prácticas de allende venidas dieron nuevo giro á las cosas, y la

(1) Florez, *España Sagrada*, t. XXXIV; t. XIX, apénd., pág. 349; t. XXXVII, apénd. XI; t. XIX, pág. 390 y 152.—*Crón. Sil.*, núm. 26.—*Hist. Comp.*, lib. I, capítulo 2, núm. 7.—*Idem*, lib. II, c. 1, 97 y 98.—*España Sagrada*, t. XVIII, apéndice XIX.—*Lib. Jud.*, ley 16, tít. V, lib. IV.

(2) *España Sagrada*, t. XVI, apénd. XXI; D. Alfonso VII exime al clero toledano de comparecer ante los magistrados y jueces seglares; como D. Alfonso el VI á los de Santa María de Astorga; Part. 1.ª, tít. V, leyes 4.ª, 29, 5.ª, 23, 27; título VI, leyes 51, 56, 58, 59; tít. XVI, leyes 1.ª, 11.

Iglesia española pierde su independencia para someterse á Roma y hacerse dependiente del papado; esta dependencia acrece de dia en dia, el poder absorbente de Roma se muestra cada vez más enérgico y exigente, y al propio tiempo nuestras relaciones científicas con la Italia, cuna del renacimiento de las ciencias, de las artes y de las letras del mundo antiguo, hacen que nuestros sabios, impregnados de esas ideas y de esos conocimientos, entónces de moda, contribuyan más y más al triunfo del *Ultramontanismo,* que le obtiene brillante en las Partidas, de las cuales la primera puede decirse que es la sancion más completa de cuanto se habia venido preparando y adelantando en ese terreno desde D. Alonso el VI. Todas las inmunidades, todos los privilegios de que hemos hecho mérito, toda la ligazon y dependencia que hemos marcado entre la Iglesia de España y el papado, tienen, repetimos, su sancion en el código alfonsino.

21. Oponíase fuertemente el *pueblo* á estas modificaciones de nuestro antiguo indígena y secular derecho; no existen CÓRTES en que no se vean *peticiones* contrarias á estas intromisiones; pero era el espíritu general de la época, y el *Ultramontanismo* siguió su triunfante carrera.

22. Puede deducirse de lo dicho que su orígen fué el renacimiento y la introduccion en España de las decretales y códigos, que eran aquí desconocidos y que alcanzaban gran fama y valimiento en otros países, y nuestras íntimas relaciones científicas con Italia, en cuyas escuelas iban á perfeccionarse nuestros sabios; su influencia fué inmensa, si bien no se sintió en toda su extension hasta la segunda época, en que decide una lucha entre el clero, la monarquía y el pueblo, como verémos á su tiempo.

23. PUEBLO. Los fueros, la legislacion especialísima por que se habian regido los pueblos desde el momento en que se inauguró la reconquista, tan á propósito para engrandecerlos y aumentar su riqueza y poderío, la proteccion que los monarcas les dispensáran, y su fe y constancia, fueron causas más que suficientes para que el pueblo adquiriese un grado de preponderancia extraordinaria, tal que le permitió imponerse hasta cierto punto á la nobleza y áun á los reyes mismos, y tomar más tarde parte en la funcion más alta que puede ejercerse en un estado, en las funciones legislativas : en efecto, el *pueblo*, el estado llano

ó tercer estado, toma asiento en las Córtes, reservadas ántes al alto clero y á los ricos-hombres, presenta sus peticiones al rey y vota los impuestos que éste pide, para atender á la guerra y demas cargas del Estado, y los concede ó los niega. ¡Ah! ¡en aquellos tiempos el pueblo español comprendia que precisamente en esa facultad de conceder ó negar los impuestos es donde radicaba su fuerza, su poder y su independencia! El dia en que lo olvidó y se desnudó de su derecho perdió su fuerza, su influencia y su independencia y su libertad.

24. No fueron, sin embargo, las Córtes solas el punto donde el *pueblo* apoyó y cimentó su preponderancia, no ; ántes que en ellas y al par que en ellas el pueblo buscó el verdadero elemento de su vida social, de su poder y de su riqueza en el *Concejo.*

25. CONCEJOS. Sabido es que la mayor parte de los pueblos sometidos á la dominacion de la antigua Roma tenian en su seno un *municipio*, esto es, un cuerpo administrativo nacido de su seno y fiel guardador de sus derechos, de sus franquicias é inmunidades ; que los godos al dejar á los vencidos que se gobernasen por sus leyes, léjos de destruir, conservaron los municipios, y que sobre éstos comenzó el clero á ejercer cierta influencia allá en el segundo período de la segunda época ; en el municipio romano, modificado por los tiempos y por los acontecimientos, han querido buscar algunos equivocadamente el orígen de nuestros concejos, y decimos equivocadamente, porque entre una y otra institucion existen diferencias esencialísimas que las distinguen profunda y radicalmente. Basta por ahora con indicar que los *municipios* eran unos cuerpos solamente administrativos, miéntras los *Concejos* eran al par administrativos, políticos, y áun ejercian jurisdiccion ; que el personal de aquéllos era permanente, miéntras el de éstos era amovible.

26. El orígen de los *Concejos* no puede buscarse en los antiguos municipios, es preciso hallarlo en la reconquista y en el sistema foral ; en el sistema foral y en la reconquista, y en las necesidades y manera especial de ser de aquella época es donde hemos de buscar tambien la razon de ser de sus atribuciones.

27. En general hablando, porque no puede tratarse de los CONCEJOS sino como de cuerpos que, aunque esencialmente unitarios, eran varios en la forma, como varios eran los Fueros á que debian su orígen; los *Concejos*, á cambio de las mercedes que

recibian de los reyes por la concesion de su legislacion especial y siempre acorde con su naturaleza y sus necesidades, contribuian al monarca y al Estado con la moneda forera, con pechos ó contribuciones moderadas, y sirviendo en el ejército, ya contra los infieles, ya contra los demas enemigos de los monarcas y de los pueblos : todo vecino era soldado, todo el que tenía casa abierta estaba obligado á ir personalmente á la hueste, y no podia ir por otro aunque fuese su hijo ó pariente, sino en el caso de vejez ó enfermedad. El señor gobernador y los alcaldes llevaban la enseña del Concejo y juzgaban de los delitos cometidos en hueste (1); la jurisdiccion civil y criminal y el gobierno económico estaban depositados en el Concejo y se ejecutaba por los jueces y alcaldes por él nombrados, ya el pueblo fuese de realengo ó de señorío particular. Ningun miembro del Concejo podia ser emplazado en la córte, fuera de los casos previstos expresamente, ó en alzada; ni se admitia demanda alguna que no hubiera sido sentenciada por los alcaldes foreros, que, así como los jurados, se nombraban por suerte y anualmente; para atender á los gastos del Concejo tenian éstos asignadas heredades, fundos y bienes raíces, que se prohibió fuesen vendidos ni enajenados, se aumentaban con las multas y penas, y se cuidaba singularmente de que estuviesen esos términos perfectamente deslindados y amojonados (2).

28. En esos términos, propios exclusivamente del Concejo, nadie podia establecer fortaleza, castillo ni nuevas poblaciones sin su expreso consentimiento, ni adquirir territorios los señores, obispos, iglesias y monasterios, á fin de que por ningun concepto se menoscabára la independencia é integridad del *Concejo* (3). Prohibíase la amortizacion por todo Fuero, porque la libertad de la propiedad es uno de los más poderosos elementos de riqueza y de engrandecimiento para los pueblos, que se consiguió al par

(1) *Fuero de Cuenca*, c. I, ley 7.ª—Cap. XVI, ley 12.—*Fueros de Sanabria, Miranda, Toledo, Córdoba, Yanguas, Salamanca.—Cuenca*, c. XXX, ley 4.ª, y capítulo XVI, ley 3.—*Molina, Cáceres.*

(2) *Fuero de Bonoburgo, Miranda, Leon, Villavicencio, Salamanca.—Libro de las divisas*, c. 25.—*Fuero de Soria, Baeza, Plasencia.*—Ley 175 del *Fuero de Sepúlveda* y 166.—Ley 10, tít. XXVIII, y ley 20, tít. XXXII, Part. 3.ª—Pet. II, *Córtes de Valladolid de* 1293.—Pet. X, *Medina del Campo de* 1305.—*Fuero de Sepúlveda*, tít. CIX, y ley 3.ª, tít. III, lib. X, *Cod. Wisig.—Fuero de Uclés*, ley 31.

(3) *Fuero de Cuenca*, ley 6.ª, c. I, y de *Sepulveda*, tít. XII.

que con la prosperidad de la agricultura con la seguridad de las propiedades, que se consideraban como un sagrado que nadie podia tocar, ni áun prendar por sí mismo sin la autoridad de un magistrado (1). Puede asegurarse que la base y sólido cimiento donde el grande poder y la inmensa influencia de los *Concejos* se asienta es en la perfecta *igualdad* y bien entendida libertad civil que á todos los individuos y vecinos que le componian se habia concedido, y hasta tal punto se habia llevado este magnífico pensamiento, que se extendia hasta á los judíos y mahometanos que se establecian en una poblacion (2); al lado de los derechos de igualdad y libertad de que se gozaba en el seno de los Concejos, podemos colocar el de la seguridad é inmunidad personal de todos sus vecinos, que no podian ser castigados sin haber ántes sido oidos y juzgados en justicia, sin que el gobernador político ni otra alguna persona, por alta que fuese, pudiera prender ni desterrar á ningun vecino, acto privativo de los alcaldes foreros (3). Finalmente, y como complemento del carácter eminentemente libre y popular del *Concejo* y de su poderío y grandeza, podemos añadir que no sólo los señores y ricos-hombres estaban sometidos al Fuero comun del *Concejo*, sino que cualquier miembro del comun tenía el derecho de herir ó matar al caballero á quien encontrase haciendo violencia, y eximian de pena al que lo hiriese en justa defensa, por alto y noble y grande que fuera el herido ó muerto (4).

29. Y donde existian leyes semejantes, y donde se reconocia como elemento componente del Estado un cuerpo como los *Concejos*, ¿era posible el feudalismo? Cuando éste dominaba con su terrorífico poder á Europa entera, bien pudo la sombra de ese fantasma colosal oscurecer un momento el brillante sol de las libertades del pueblo español, pero un instante solo, que el astro nacido en Covadonga y en Leon y en Sepúlveda tenía fuerza bastante para disipar en pocos momentos la inmensa sombra del feudalismo. No; el feudalismo como institucion no ha manchado

(1) *Fueros de Cuenca*, ley 2.ª, c. 2, y ley 3.ª, c. 32 de *Toledo*. Ley 11, tít. XIII, Part. V.

(2) *Fueros de Caldelas*, *Plasencia*, *Cuenca*, ley 9.ª, c. 1; leyes 10 y 11, *Fuero de Sepúlveda*, *Sahagun*.

(3) *Fuero de Sepúlveda*, tít. IV, V y XIX.—*De Cuenca*, ley 4.ª, c. 1; ley 1.ª, c. 6, y ley 21, c. 23.—*Fuero de Nájera*, *Palencia*.

(4) *Fuero de Sepúlveda*, tít. IV y V.

jamas la altiva y noble tierra de Castilla, el *pechero*, *comunero*, que podia matar al señor en propia defensa sin sufrir una pena, y herirlo ó matarlo «si ficiere fuerza», no soportó jamas, porque no podia soportar, los horrores del feudalismo, y véase por qué nosotros no hemos querido llamar á esta época con el triste nombre con que la designan muchos autores (1).

30. Como cuanto llevamos dicho puede convencernos de que el poder de los *comunes* y *Concejos*, al par que aminoraba y destruia el de los ricos-hombres y poderosos, aumentaba y fortalecia el de los reyes, éstos les dieron muy pronto entrada en las *Córtes*, y lo que es más, les otorgaron el que no se pudiesen aumentar los pechos y contribuciones sin que fueran votadas en las mismas. ¡Cuán magnífico es el cuadro que la monarquía verdaderamente popular de España nos presenta en estos tiempos á pesar de las luchas y debilidades que en ocasiones la mancharon! Seguramente, con orgullo lo decimos, en ninguna otra nacion del mundo se gozaba en aquella época de más libertad; en ninguna imperaba el derecho con más vigor y energía que en España. Hemos visto cómo los Concejos sostenian esos grandes principios, veamos ahora cómo los sostienen las *Córtes*.

31. CÓRTES. Apénas comenzada la reconquista y fundados los reinos de Castilla y de Leon, vemos aparecer juntas compuestas de prelados y magnates, que así se ocupan de las cosas eclesiásticas como de las civiles, pero que no se denominan aún con el nombre que encabeza este párrafo; en efecto, las primeras de que tenemos noticia cierta, que son las de Leon celebradas 1020 y las de Coyanza en 1050, llevan el nombre de Concilios, y tal vez no fueron otra cosa que una continuacion de los célebres Concilios Toledanos; áun los pueblos no habian adquirido los derechos y fueros que más adelante conquistaron, y ni tenian poder ni importancia para aparecer en estas Juntas y Concilios, que, como las que despues se llamaron CÓRTES, y los antiguos Concilios Toledanos, no pueden ser considerados como Asambleas legislativas, sino como cuerpos meramente consultivos, aunque es lo cierto que sus decisiones tenian con la sancion del monarca fuerza de verdaderas leyes, por lo cual podrémos decir que el elemento principal que les faltaba para que pudiéramos considerar-

(1) *Fuéro de Sepúlveda*, tít. IV y V.

las como verdaderos cuerpos legislativos era la iniciativa para reunirse y proponer, pues ésta correspondia al rey en toda su plenitud, como en toda su plenitud, por consiguiente, le correspondia el poder legislativo.

32. Más adelante, y sin que podamos marcar la época fija, estas Juntas tomaron el nombre de CÓRTES, y durante algunos años continuaron teniendo voz y voto en ellas solamente los grandes, obispos y abades, sin que el pueblo, que comienza á obtener derechos y fueros especiales, precisamente hácia los mismos años de 1020 en que se celebró el renombrado Concilio de Leon, tenga asiento ni participacion en aquéllas : empero el poder y la importancia de los pueblos, como hemos dicho al tratar de los *Concejos*, acrece, y cuando éstos se han elevado á un alto grado de poder y tienen la energía y vitalidad suficientes para imponerse á los magnates, ricos-hombres y alto clero, el PUEBLO, el tercer estado, toma asiento en las *Córtes* é interviene con su voto en los más arduos asuntos del Estado. Difícil es marcar el momento en que este notabilísimo progreso, este acontecimiento tan favorable para el pueblo tuvo lugar ; créese generalmente que debió verificarse en las *Córtes* de Búrgos, celebradas en 1169, y en las de Leon de 1188 y 1189 (1). En lo que no cabe duda es que en las de Benavente de 1202 los procuradores de las villas y lugares tuvieron asiento. Inmensa influencia, grandísima importancia alcanzaron las CÓRTES ; ellas fueron, al propio tiempo que un elemento regulador del poder real, un punto de apoyo para el mismo ; fueron la salvaguardia de la libertad é intereses de los pueblos, y el arma poderosa de que éstos, en union de los Fueros, se valieron para imponerse á los señores y contrarestar su poderío : bien quisiéramos hacer un estudio algo extenso de las CÓRTES, pero los estrechos límites de este trabajo nos lo vedan.

33. Al rey, que jamas en España se desnudó de los atributos esenciales, como diríamos hoy, de la monarquía, correspondió siempre de pleno derecho convocar las CÓRTES, fijar el punto de su reunion y presidirlas y sancionar lo que en ellas se acordára, como á los procuradores presentar peticiones al soberano para que,

---

(1) Marina, *Ensayo sobre la Legislacion*, lib. IV, § 34 y siguientes.—Marqués de Mondéjar, *Memorias*.

haciéndolas discutir, les diese oportuna resolucion. A las Córtes competia el conocer y votar los impuestos, y sin su conocimiento por derecho y fuero antiguo de Castilla no podia gravarse á los pueblos con nuevos pechos (1), y tan celosos fueron nuestros procuradores de este derecho y Fuero, como que merced á él obligaban á las veces á los monarcas á contestar favorablemente las peticiones que se les dirigian. Y cosa notable y digna de estudio detenido es que, por punto general, las peticiones hechas por los pueblos brillan por el fondo de justicia y por la profunda intencion política que casi siempre encierran. Todo *Concejo* ó *Cabeza* de partido á quien se hubiese otorgado jurisdiccion debia por *Fuero* concurrir á las Córtes, representado por sus procuradores ó magistrados y votar en ellas.

34. Hemos dicho que por punto general es notable la cordura, sensatez y sabiduría que preside á la mayor parte de las peticiones en *Córtes*, y que revelan un grado de ilustracion y un gran sentido práctico por parte del pueblo español; buena prueba de ello es la cruda guerra, que sin tregua ni descanso se hizo á la amortizacion civil y eclesiástica, á la desmembracion del poder real en lo tocante á la jurisdiccion y administracion de justicia, á las diferencias de fueros y acrecentamiento del eclesiástico, á la extension del poder de los Papas en las cosas que atañian á la independencia de la Iglesia española, á las inmunidades y exencion de pechos, exigidas y conseguidas por los eclesiásticos, á la extension del poder de los grandes, á la proteccion pedida asíduamente para la agricultura, la industria y el comercio, y tantas otras dignas de estudio y prez (2). Tal vez encontremos al lado de tan bellas páginas en la historia de nuestro Derecho algunas tristes, y hoy dignas de censura; pero hemos dicho muchas veces que es necesario juzgar siempre, si ha de hacerse con acierto, teniendo presentes los tiempos, las creencias y la manera de ser de los pueblos en el momento en que las cosas sometidas á nues-

(1) Leyes 1.ª y 2.ª, tít. VII, lib. VI, *Recopilacion;* no existen en la Novísima.—Pet. LVI, *Córtes de Medina del Campo de* 1328.

(2) Pet. LVI, *Córt.*, *Medina del Campo*, 1328.—Las mismas, LXVIII, Pet. XXVI, *Búrgos*, 1379.—Pet. X, *Palencia*, 1388.—Pet. XXII, *Valladolid*, 1325.—Pet. XXV, Toro, 1371.—Pet. IX, *Leon*, 1349, y XXXVII *Valladolid*, 1351.—Pet. XLVII, *Medina del Campo*, 1328.—Pet. XL, *Alcalá*, 1248.—Pet. XIII, *Valladolid*, 1351.—XVIII, *Soria*, 1380.—IX, *Vallodolid*, 1299.—XVIII, *Palenzuela*, 1425.—XXXIII, *Zamora*, 1432.

tro estudio pasan, y no en el momento en que tras largos siglos las estudiamos.

35. Las CÓRTES españolas tambien pueden y deben ser consideradas como un elemento popular desde que á ellas comenzaron á concurrir los Concejos, cuanto que desde los tiempos de D. Sancho el IV la influencia en ellas del CLERO y de la NOBLEZA decreció muchísimo, sin que por eso ambos elementos dejáran nunca de ser componentes y esenciales de las Córtes; pero, á pesar de ello, á las CÓRTES celebradas en 1295, 1299 y 1301 no fué convocado el CLERO, ni á las celebradas en 1370, 1373, 1480 y 1505 se convocó al CLERO ni á la NOBLEZA. Reuníanse las CÓRTES muy á menudo, y cuando los reyes dejaban pasar algun tiempo sin reunirlas, no faltaban procuradores celosos que se lo recordaban y pedian.

36. La importancia de las Córtes puede decirse que va perdiéndose durante el siglo XV, y que ya en el XVI y al advenimiento de la casa de Austria quedan sólo como un recuerdo histórico, y pocas veces se reunen.

37. Resumiendo lo dicho, las atribuciones de las CÓRTES, sin ser cuerpo legislativo, eran muy importantes, y consistian en presentar peticiones que, aprobadas por el monarca, se convertian en leyes; tomar el juramento y prestarlo al monarca al subir al trono y al príncipe de Astúrias; autorizar las abdicaciones, nombrar tutor al rey menor cuando el difunto no lo habia nombrado si no estaba designado por las leyes; votar ó negar los impuestos, y conocer de los negocios graves y de alta importancia.

38. Para terminar esta leccion debemos decir que este *período* fué de elaboracion profunda, y que la tendencia á la unidad aparece, como verémos, desde San Fernando; toma carácter en Don Alonso el Sabio, y sigue siendo el sueño dorado de todos los reyes, hasta que asentándose en el trono de Castilla D. Fernando y D.ª Isabel, se inaugura la época segunda, en que la unificacion política es un hecho, aunque no lo sea la legal.

# LECCION IX.

**Historia del Derecho. —Segunda edad.—Primera época. —España Feudal ó de la Reconquista.—Segundo período.—Desde el siglo XIII al siglo XV.—Tendencia á la unidad.**

---

**SUMARIO.**

1 al 3. Primera época, segundo período. Continuacion.—Fuentes del Derecho comun.—4. El SETENARIO.—5. El ESPÉCULO.— 6 y 7. FUERO REAL, sus elementos, su division, su estilo. Análisis del *Fuero Real.*—8. Libro I.—9. Libro II.—10. Libro III.—11. Libro IV. Autoridad de este código.—12. Juicio crítico del *Espéculo*, como precedente al libro de las *Siete Partidas.*—13 y 14. Las PARTIDAS, historia de su formacion, causas que la motivaron.—15. Autores de este célebre código.—16. Division.—17. Análisis de las *Partidas.*—Primera Partida. —18. Segunda. —19. Tercera.— 20. Cuarta.—21. Quinta.— 22. Sexta.—23. Séptima.—24 y 25. Estilo y autoridad.—26 y 27. Juicio crítico de este código, bajo el punto de vista histórico, científico y legislativo.— 28 y 29. Su influencia en el desarrollo del Derecho español.—30. Leyes del ESTILO, su análisis.

1. PRIMERA ÉPOCA. SEGUNDO PERÍODO. TENDENCIA Á LA UNIDAD. Hemos visto cuál era el carácter político y social de España en este período. SAN FERNANDO, en cuya frente se reunieron las coronas de Castilla y de Leon, y que, merced á sus conquistas, habia llegado á fundar una monarquía rica y poderosa, comprendió que era imposible marchar adelante en medio de la variedad inmensa, de la tremenda anarquía legislativa, que caracterizaba el *primer período de la tercera época.* En efecto, no podia ocultársele que siendo la cohesion el elemento de fuerza de toda nacion monárquicamente regida, y no existiendo cohesion donde cada pueblo tenía una legislacion propia y especial, era necesario dar un momento de tregua á las conquistas para organizar y unificar los pueblos conquistados, al mismo tiempo que engrandecerlos y mejorar su situacion; comprendiendo, sin embargo, que no era fácil dar al país un nüevo código general, porque no estaba preparado aún para ello, dejó al morir el encargo de formarlo á su

hijo y sucesor D. ALFONSO, décimo de este nombre, y conocido por el *Sabio*.

2. Como hemos indicado en la leccion precedente, este período es de profunda elaboracion y de marcadísima tendencia á la unidad legislativa; así es que en él las *fuentes del Derecho* son muy variadas y muy notables, pudiendo dividirse en fuentes generales y fuentes especiales de Derecho; pues áun se dieron no escasos fueros, y áun se conservó y sancionó el Derecho nobiliario. Sin señalar aquí nominalmente los códigos de una y otra especie, que son *fuentes del Derecho* en este período, porque hemos de hablar de cada uno de ellos, pasemos á analizarlos.

3. «La sabiduría ocupando el sólio; la resplandeciente y clara antorcha de la verdad iluminando el real palacio de uno de los mayores monarcas; la justicia sentada siempre al lado del trono y presidiendo á su consejo», como con elegantísima frase dice un autor (1), hé aquí los caractéres distintivos del magnífico reinado del hijo de San Fernando, que impregnado de las ideas de éste, y perseguidor de su gran pensamiento político, se dedica con fuerte y vigorosa inteligencia á realizarlo.

4. Concluyóse en tiempo de D. Alfonso el SETENARIO, comenzado por D. Fernando como primer ensayo de su pensamiento, si bien pareció tan defectuoso é incompleto, que se abandonó para formar otra coleccion de leyes; restan de él escasísimos fragmentos.

5. Ocupóse en seguida D. Alfonso de redactar otra compilacion, que denominó EL ESPÉCULO, ó Espejo de todos los Derechos. No se sabe fijamente la época en que se formó, si bien unos creen que por los años 1254 á 1255, y la Academia de la Historia en el prólogo de este libro opina que fué anterior á las *Partidas*. Formóse, á lo que parece, con acuerdo de los ricos hombres, alto clero y personas entendidas en Derecho, lo cual prueba que, aunque sus disposiciones están tomadas de lo más notable de los *Fueros*, debia tener cierto carácter nobiliario. Divídese en cinco libros, subdivididos en titulos, y es casi indudable que se han perdido algunos de los que primitivamente le compusieron.

6. FUERO REAL. Empero, la prodigiosa actividad y grande inteligencia de D. Alfonso, al par que el *Espéculo*, preparaba otra

(1) Martinez Marina, *Ensayo histórico*, introduccion, 3.

compilacion más perfecta, más intencionada tal vez, y que si no pensó en hacerla ley general del reino, ideó quizá que fuera como una preparacion para llegar á ella. Créese que el Código que nos ocupa se publicó á principios del año de 1255, y aunque hay opiniones respecto á la autoridad que quiso darle su autor, parece lo más exacto el que quiso hacer de él un código general, como manifiesta él mismo en el prólogo. Con tal objeto, sin duda alguna, lo dió como *Fuero* especial á muchas ciudades y villas, y prohibió juzgar por otras leyes. Los elementos componentes de este código son el *Fuero Juzgo* y los *Fueros municipales*, por lo cual podemos considerarle como una compilacion indígena y verdaderamente española. Su estilo es castizo, si bien muy inferior al de las *Partidas*. Si el *Espéculo* pudo tener cierto carácter nobiliario, el *Fuero Real* fué, por el contrario, un código eminentemente favorable al pueblo, y por eso la nobleza, despues de grandes esfuerzos, consiguió que se derogase en 1272, para sustituirle con el *Fuero Viejo*.

7. Divídese el FUERO REAL en cuatro libros, que se subdividen en títulos, y éstos en leyes.

8. El LIBRO I habla de la fe católica, de la guarda del Rey y su señorío, que garantiza con las penas de muerte y confiscacion; y si de la primera hace gracia el monarca, se le arrancarán los ojos al delincuente, y no podrá volvérsele más que la vigésima parte de lo confiscado; de la guarda de los hijos del Rey, sentando ya la doctrina de que la monarquía es hereditaria; el título de las *leyes* parece copiado del *Fuero Juzgo*, así como las que tratan de los alcaldes, jurisdiccion y conocimiento del rey en los asuntos que no se puedan juzgar por estas leyes; crea los abogados y escribanos.

9. El LIBRO II se ocupa del enjuiciamiento.

10. El LIBRO III legisla sobre derecho civil; prohibe los matrimonios clandestinos; marca la necesidad de obtener el consentimiento de los padres y hermanos; pena á las viudas que se casan ántes del año de viudez; habla de las arras, gananciales, testamentos, herencias, guarda de los huérfanos, alimentos (gobiernos), desheredaciones, contratos, vasallaje, costas procesales, fianzas, prendas y deudas, y la doctrina, por punto general, está tomada de los *Fueros municipales* ó del *Fuero Juzgo*.

11. El LIBRO IV encierra el derecho criminal, abunda en penas

crueles, como la de ser *quemado* el que apostatáre; prohibe castigar corporalmente á la mujer encinta, proclama el principio de que las penas son eminentemente personales, hace público el delito de adulterio y entrega los adúlteros al marido. Conmina con pena de muerte algunos delitos contra la castidad, impone al escribano falsario la pena de que se le corte la mano, y al clérigo que fabricase sello falso del Rey la de ser marcado en la frente, y arrancados los dientes al testigo perjuro: copia al *Fuero Juzgo* hablando de los médicos y cirujanos, pena los homecillos segun sus circunstancias; se ocupa de los que abandonan el ejército, de los retos, hijos abandonados, peregrinos y de las naves, mandando que nadie se apodere de las cosas de los navegantes caso de naufragio, y habla de las indemnizaciones por los objetos que se hayan arrojado para aligerar el buque..

12. Este código y el *Espéculo*, de que ántes nos ocupamos, puede decirse que son los precedentes sentados por el rey Sabio para proceder á la formacion del magnífico código de las *Siete Partidas*, que parece estaba más conforme con el *Espéculo* que con el *Fuero Real*, del que se separan bastante en el fondo sus leyes, siendo de notar, sin embargo, que en ambos se tratan materias que forman parte esencial é integrante del código que va á ocuparnos. La Santísima Trinidad y la fe católica, sus artículos y los sacramentos; la fijacion de la sucesion hereditaria á la Corona, guarda de los reyes menores de edad y conservacion de los bienes y familia Real son, entre otros, los puntos comunes en los tres códigos.

13. Las Partidas. Llegamos ya á la magnífica concepcion de D. Alfonso; tócanos examinar ese grandioso código, arsenal inmenso de toda la ciencia, de todos los saberes, de la ilustracion toda de los siglos medios, fuente de conocimientos tan preclara y copiosa, que no existe nada que sufra con ella la comparacion, no ya en aquellos tiempos, ni áun en otros más próximos á nosotros; pero que modificó nuestra verdadera legislacion española en sentido romano, y que fué una de las causas de que el ultramontanismo se extendiese.

14. Comenzóse la formacion de las *Partidas*, segun nos dice su mismo autor, la víspera de San Juan del año de 1256, y se terminaron, á lo que parece, en 1265, si bien de esta fecha no hay absoluta certeza. Algunos, confundiendo este libro con el *Setena-*

*rio*, han dicho que se comenzó en tiempo de San Fernando; pero esta opinion queda, como hemos indicado, contestada, pues en ellas consta la fecha de su comienzo, y hasta las letras iniciales de cada una forman el nombre del *Rey Sabio*. Tres causas principales movieron al rey D. Alfonso á emprender esta obra colosal: fué la *primera* cumplir los deseos de su padre D. Fernando el Santo; la *segunda*, que sirviese de instruccion á sus sucesores, y la *tercera*, poner á los hombres en camino de conocer la justicia y el derecho de cada uno (1).

15. Parece indudable que, á pesar de la alta inteligencia, profunda y no comun instruccion de D. Alfonso, no fuera él el autor de las *Partidas*; demasiado grande y profunda la obra para poderla realizar un hombre solo, era más difícil aún que lo hiciera quien, como el rey Sabio, estaba cercado de gravísimos cuidados que debian absorberle todo el tiempo; basta á su gloria con haber sido el iniciador del pensamiento y haber contribuido á que en el breve espacio que hemos dicho se realizára. No pueden, por cierto, señalarse con seguridad quiénes fueron los autores; pero atendido el mérito y renombre de algunos jurisconsultos de aquella época, parece que no será muy equivocado afirmar que se redactaron por el maestro Jacome Ruiz, el de las *leyes*, el maestro Roldan y el maestro Fernando Martinez (2).

16. Divídese este libro en siete partes, que se subdividen en títulos y en leyes, procedamos á su análisis con toda la concision y brevedad posibles.

## PARTIDA PRIMERA.

17. Ocúpase la primera Partida del Derecho natural, de las leyes, del uso, de la costumbre, de la fe católica, de los sacramentos de la Iglesia, de la disciplina y del dogma, con una extension que es más propia de un código canónico que de uno civil, cámbiase en ella gran parte de nuestra antigua disciplina eclesiástica, da al clero grandes inmunidades y privilegios, extiende extraordinariamente el Derecho de asilo, restringido por el código visigodo, y la jurisdiccion eclesiástica, así como los diezmos, que dice ser de derecho divino, y los impone hasta sobre las cosas ilícitas ó torpemente adquiridas.

(1) Prólogo de las *Partidas*.
(2) Martinez Marina, *Ensayo sobre la Legislacion*, lib. VII, § 39, 42, 43, 44.

### PARTIDA II.

18. Contiene esta Partida todo el Derecho público de España en aquella época, extendiéndose tal vez á cosas extrañas al mismo, como son las explicaciones y diferencias entre emperadores y reyes, descripcion de la dignidad imperial y otras desconocidas en Castilla: fíjase en esta Partida el órden de suceder á la Corona por líneas, grados, sexo y edad, separándose de la costumbre antigua: danse reglas para la guarda de los príncipes y la Regencia en su menor edad, prefiriéndose la nombrada por el difunto, y en su defecto, concediendo el derecho de elegirla á los prelados, ricos-hombres, procuradores en Córtes, excluyendo á los parientes que debieran suceder por fallecimiento del menor, mandándoles prestar juramento y señalando la mayoría de edad para el varon á los veinte años, para la hembra cuando se casase. Reserva, sin embargo, la guarda á la madre con preferencia, miéntras no se case y permanezca con el menor. Prohibe á los reyes enajenar ni dividir el señorío, y trata de los estudios, clase y número de enseñanzas, circunstancias y atribuciones de los profesores, honras, privilegios y autoridad judicial con relacion á los discípulos para decidir los litigios entre ellos suscitados.

### PARTIDA III.

19. El procedimiento es objeto, entre otras cosas, de la tercera Partida, establécese en ella un sistema completo de enjuiciar, tanto en primera instancia como en alzada, y desde el principio del juicio hasta la ejecucion de la sentencia. Desenvuelve la institucion de los voceros ó abogados, iniciada solamente en el *Fuero Real*, se ocupa de los personeros ó procuradores, de los negocios en que pueden intervenir y efectos que su intervencion produce; fija los medios de probanza, los enumera y clasifica, completando así nuestra legislacion en la materia. El dominio y los modos de ganarle, la prescripcion, la posesion, las servidumbres y labores nuevas y viejas completan esta Partida.

### PARTIDA IV.

20. De las personas y de su estado civil, político y social se ocupa esta Partida. Define y trata con toda extension los espon-

sales, el matrimonio, sus solemnidades, impedimentos y divorcio; las dotes segun el sistema romano, y no por el del *Fuero Juzgo;* las arras, bienes parafernales y donaciones esponsalicias. Se ocupa de definir y regular la patria potestad, los modos de constituirla y disolverla, las clases de hijos ilegítimos, siguiendo tambien el sistema romano con preferencia al sancionado por el *Fuero Juzgo* y fueros especiales. Omite tratar de los gananciales, y termina con títulos y leyes destinados á tratar de los vasallos y de los feudos, que define y divide en dos clases.

### PARTIDA V.

21. Esta Partida trata de las obligaciones y contratos; uno de sus títulos está dedicado á los mercaderes, ferias, mercados y renta de portazgos, que sólo el monarca puede establecer en territorio real. Determina el modo de repartir las pérdidas ocurridas por el naufragio de una nave ó por la echazon de efectos pertenecientes á los pasajeros; ordena se restituyan á sus dueños las cosas halladas á orillas del mar procedentes de naufragio, impone penas á los marineros que maliciosamente coadyuvan á la pérdida de una nave, y establece el modo de juzgar los litigios entre mercaderes, y habla de las obligaciones y maneras de extinguirse, sacrificando á la brillantez del Derecho romano las costumbres y antiguas leyes de Castilla.

### PARTIDA VI.

22. La parte de sucesiones testadas é intestadas, tutela, curatela y restitucion *in integrum* se tratan en esta Partida con extension notable, y así como en la anterior relativamente á los contratos, se ha seguido casi servilmente lo prescrito por el Derecho romano, contrario muchas veces al nuestro, por lo cual gran parte de lo dispuesto en esta Partida ha caido en completo desuso, y muchas de sus disposiciones jamas se practicaron: omitió hablar del testamento por comisario y de las mejoras, dió gran libertad al padre para establecer como herederos con sus hijos á personas extrañas; prohibió que los hijos naturales pudiesen heredar, á falta de legítimos, más de la sexta parte, cuando, segun nuestro antiguo Derecho, heredaban todo con preferencia á los demas parientes; extendió la sucesion de los parientes hasta el dozavo

grado con preferencia al cónyuge, cuando en nuestro Derecho visigodo no se establecia preferencia sino hasta el séptimo grado. Si la índole de este trabajo nos lo permitiera, notariamos aún muchas é importantes modificaciones.

### PARTIDA VII.

23. Indudablemente la parte más defectuosa del código de las Partidas, como de todos los de aquella época y otras muy posteriores, es precisamente la materia de que es objeto la séptima y última. El Derecho penal, como tal Derecho, era desconocido de los pueblos y de los sabios antiguos; así que siempre que de él se han querido ocupar, han producido leyes fatales y tremendas; no habia de ser el Código que nos ocupa una excepcion de la regla general, y no lo fué ciertamente; haciendo alarde de clemencia, prohibe crucificar, apedrear y despeñar á los criminales; pero en cambio señala las penas de horca, fuego y ser echados á las fieras; clasifica mal los crímenes y las penas; no relaciona los unos con las otras; desconoce el sistema de investigacion y prueba en materia criminal, y le busca en la casualidad y en la materia; así que prodiga el tormento con mayor crueldad y ménos garantías que en el mismo *Fuero Juzgo;* tambien la pena de infamia, haciéndola extensiva áun á personas inocentes; habla de los duelos y rieptos y de los perdones, terminando con un título ajeno á la materia de la séptima Partida, que designa con el epígrafe de la *Significacion de las palabras*, *aclaracion de las cosas dudosas y reglas del Derecho*, que es una imitacion del de *verborum significatione* del Digesto.

24. Terminado el rápido análisis que del célebre código Alfonsino nos propusimos hacer, pasemos ahora á tratar de su estilo y autoridad. El estilo de las *Partidas* es por punto general castizo, florido y elegante, sin que deje de pecar algunas veces en ampuloso y no siempre igual, lo que demuestra que la obra es hija de más de un autor, como dejamos apuntado en párrafos anteriores.

25. Autoridad de las Partidas. Que D. Alfonso el Sabio, al compilar el Código que nos ocupa, no trató de hacer una obra didáctica, sino un verdadero trabajo legislativo que realizase el gran pensamiento de dar á España la unidad de Derecho, cosa es

que nos demuestra él mismo en el prólogo de su libro; pero si el *Fuero Real*, que era, como hemos dicho, un código eminentemente español, basado en la legislacion foral, no se observó sino por poco tiempo y fué derogado por los esfuerzos de la nobleza, con mucha más razon las Partidas, que se separaban mucho de la legislacion y costumbres españolas, debieron ser combatidas; así es que, á pesar de su mérito indisputable, de la gran copia de ciencia que encierran y de representar un inmenso adelanto en su siglo, no adquirieron fuerza obligatoria hasta el reinado de don Alfonso XI, casi un siglo despues de su formacion.

26. Difícil es hacer un *juicio crítico*, siquiera aproximado, del Código que nos ocupa, bajo el punto de vista literario, científico y legal, en un trabajo tan concreto y conciso como el presente: dirémos, sin embargo, que las Partidas han sido objeto de los juicios más entusiastas y apasionados por parte de nuestros escritores tratadistas de Derecho más eminentes, sin que hayan faltado algunos, entre ellos el Sr. Martinez Marina, que las hayan tratado con ménos benevolencia. Creemos nosotros que es un monumento magnífico de la ciencia de los tiempos medios, que como obra literaria es muy apreciable, y que como obra científica llegó al límite de la ciencia en la Edad Media, y adelantó en muchas cosas tanto á su siglo, que ni en él ni en algunos posteriores existe una obra que pueda comparársele. Bajo el punto de vista legal es indudablemente un modelo que deberá siempre estudiarse, y será un monumento imperecedero de la Edad Media, como los códigos romanos y canónicos, que le sirvieron de fuentes, son tambien monumentos eternos de los tiempos antiguos y medios; pero si bajo el punto de vista puramente español queremos estudiarlas, es seguro que tendrémos que confesar que los sabios compiladores de las *Partidas* sacrificaron muchas veces á los alardes científicos y al amor profundo que el renacimiento les inspirára hácia el Derecho de Roma y el canónico, el pensamiento puramente nacional y de unificacion que debia animar á todo español ilustrado en aquella época.

27. En efecto, como hemos tenido lugar de indicar en pasadas lecciones, España, desde que se constituye como nacion independiente y mezcla en su nacionalidad las civilizaciones gótica y romana, muestra una tendencia marcadísima á crearse leyes propias acordes con sus hábitos, costumbres y manera de ser nuevos;

el *Fuero Juzgo* inicia esta aspiracion, y los *Fueros municipales*, despues de la reconquista, la continúan; siendo el *Fuero Real* tal vez la síntesis, aunque incompleta, de esos progresos lentos y laboriosos. Si las *Partidas* hubieran seguido al *Fuero Real;* si las *Partidas* hubieran completado, perfeccionado, unificado nuestra vária é incompleta legislacion foral; si tanto saber, tanta ciencia, tanto trabajo como ellas representan, se hubieran consagrado á continuar la senda trazada por Chindasvinto y por los reyes antecesores de D. Alfonso, tal vez la verdadera unificacion legal se hubiera conseguido, tal vez el código Alfonsino nos rigiera hoy en toda la Península. Pero rompiendo con nuestra legislacion propia é indígena, trayéndonos de nuevo la legislacion romana y la canónica de allende, distintas, si no contrarias, en muchos puntos esenciales á la manera de ser y á las necesidades del pueblo español; no halagando ni al pueblo ni á la nobleza, porque se separaba de los Derechos por el uno y por la otra conquistados, debió tener, como tuvo por parte de ésta, la oposicion más tenaz y constante, y por parte de aquél, la más absoluta indiferencia; no defendido por el uno, combatido por la otra, si no por ambos, se comprende muy bien que, á pesar de su mérito indisputable, no tuviese autoridad legal hasta mucho tiempo despues de publicado, y áun ésta fuese siempre subsidiaria. Podemos, pues, decir, para terminar, que como obra general de ciencia será siempre valiosa y su estudio necesario; como compilacion española fué desde el principio inaplicable en mucha parte, y es más inaplicable hoy, que la ciencia ha modificado tanto el Derecho positivo.

28. La influencia que ejerció en el Derecho fué grande, pues la generalidad y extension de su doctrina, la sabiduría y justicia de la mayor parte de sus leyes fueron causa de que se considerase siempre como un libro de estudio para los jurisconsultos españoles, y de que, extendido el estudio del derecho romano y del canónico, se sacrificase muchas veces en la práctica á un romanismo exagerado lo que los tiempos exigian como progreso, y obtuviese inmensa influencia el ultramontanismo, que algun tiempo ántes se habia comenzado á conocer y extender por España.

29. Se han hecho numerosas ediciones de las *Partidas*, casi todas glosadas, pero pueden reducirse á tres grupos, segun que

siguen la glosa de Gregorio Lopez, de Alonso Diaz de Montalvo ó de la Academia de la Historia. El Tribunal Supremo, en sentencia dictada en 1860, da en caso de duda la preferencia al texto y glosa de Gregorio Lopez, áun sobre el de la Academia.

30. En tiempo de D. Fernando IV, á lo que se cree, se formaron las LEYES DEL ESTILO, que no son otra cosa que una recopilacion de las leyes del *Fuero Real* y costumbres que desde D. Alfonso el Sabio hasta el rey citado se seguian en los tribunales de la córte para fallar los pleitos. Son doscientas cincuenta y dos leyes, y muchos creen que más bien que verdadero Derecho constituido, son opiniones y prácticas de jurisconsultos. Extendióse, sin embargo, su autoridad, y muchas de ellas se hallan insertas en la *Nueva Recopilacion*.

---

# LECCION X.

**Historia del Derecho.—Segunda edad.—Primera época. —España feudal ó de la reconquista.—Segundo período.—Desde el siglo XIII al XV.—Tendencia á la unidad.**

**SUMARIO.**

Continuacion de la leccion anterior.—1. ORDENAMIENTO DE ALCALÁ.—2. Su formacion y elementos que le componen.—3 al 14. Su análisis.—15. Objeto que se propuso su autor.—16. LOS REYES CATÓLICOS, unidad política.—17. ORDENAMIENTO DE MONTALVO.—18 y 19. Análisis de este código.—20. Su autoridad, opiniones.—21. Nombres con que se le conoce, ediciones que de él se han hecho.—22. PRAGMÁTICAS.—23. DERECHO NOBILIARIO.—24. Publicacion del *Fuero Viejo*.—25 al 28. Estudio de España en tiempo de los Reyes Católicos como preliminar al de la cuarta época.—29 al 36. FUEROS PROVINCIALES.—37 al 52. *Fueros de Aragon*.—53 al 61. *De Cataluña*.—62. *De Valencia*. —63 al 73. *De Navarra*.—74. *De Álava*.—75 al 79. *De Vizcaya*.—80. *De Guipúzcoa*.—81. Importancia de estos fueros.

1. PRIMERA ÉPOCA: FEUDAL Ó DE LA RECONQUISTA, SEGUNDO PERÍODO DE TENDENCIA Á LA UNIDAD. Hemos dicho que á pesar de los esfuerzos hechos por D. Alfonso el Sabio para, cumpliendo con los deseos de su padre, unificar la legislacion española, no realizó su empresa, pues el *Fuero Real* perdió su autoridad y las *Partidas* no llegaron á adquirirla. Muerto D. Alfonso, murió con él la idea por entónces, y sus sucesores hasta D. Alfonso el Onceno nada hicieron por reformar ni perfeccionar nuestro derecho: continuó, pues, creciente la anarquía legal de los tiempos de San Fernando, si ya no la habian aumentado la costumbre y el uso, hasta que en 1348 D. Alfonso XI, promulgando en las *Córtes de Alcalá* el *Ordenamiento* de este nombre, trató de conseguir lo que no pudiera su ilustre antecesor.

2. EL ORDENAMIENTO DE ALCALÁ formóse, como hemos dicho, en aquellas Córtes, y consta de treinta y dos títulos, divididos en leyes, precedidos de un prólogo de D. Alfonso y de una carta confirmatoria de D. Pedro. Sus elementos componentes son: *diez*

*y seis* leyes hechas en *Villareal* (Ciudad-Real), otras tantas hechas en las *Córtes de Segovia* y las formadas en las *de Alcalá*, entre las que se comprende el *Ordenamiento de los Fijosdalgo.*

3. Los XV primeros títulos se ocupan sólo del enjuiciamiento.

4. EL TÍTULO XVI contiene una sola é importantísima ley, que, declarando válida toda obligacion por sólo el consentimiento, varió en el fondo la legislacion de las *Partidas* sobre obligaciones y contratos, que estaba basada en la romana.

5. EL TÍTULO XVII establece la rescision de las ventas por lesion de más de la mitad del precio, y concede cuatro años para entablar la accion.

6. EL TÍTULO XVIII previene en favor de los labradores que no se les puedan embargar por deudas los animales ni instrumentos de labor, si bien introduce algunas excepciones.

7. EL TÍTULO XIX en su ley única destruye tambien parte de la legislacion de *Partidas* en punto á testamentos, declarándolos válidos aunque no contengan la institucion de heredero, y fijando el número de testigos.

8. EL TÍTULO XX prohibe á los jueces recibir dádivas bajo severas penas.

9. EL TÍTULO XXI trata de los adulterios y delitos contra la castidad.

10. EL TÍTULO XXII deroga el fuero y costumbres que eximian al homicida de la pena capital si habia matado en pelea, imponiéndola áun en estos casos con algunas excepciones.

11. En el TÍTULO XXIII, que lleva el epígrafe *de la significacion de las palabras*, se define la muerte segura, se amenguan las prerogativas de la Corona en lo concerniente á la jurisdiccion, permitiendo que se prescriba por cinco años la criminal, y por cuarenta la civil; se limita la prescripcion á los pechos debidos al rey: declara firmes las donaciones reales, excepto si se hacen á otro rey ó personaje extranjero, variando y explicando así la antigua costumbre y disposicion de las *Partidas.*

12. Los títulos siguientes hasta el veintiocho no contienen nada que merezca fijar nuestra atencion.

13. EL TÍTULO XXVIII, fijando el órden de prelacion de los códigos, da el primer lugar al *Ordenamiento*, el segundo al *Fuero Real* y á los *municipales* en lo que fueren guardados, y últimamente á las *Partidas.*

14. El título xxxii es, como ya hemos dicho, el célebre *Ordenamiento de las Córtes de Nájera*, si bien corregido y con algunas innovaciones, y puede decirse que es eminentemente nobiliario, y contiene disposiciones que pueden mirarse como parte del Derecho público de aquella época.

15. Propúsose D. Alfonso el Onceno con la publicacion del Ordenamiento destruir la vaguedad, incoherencia y falta de unidad de la legislacion; así fué que mandó que los *Fueros* no fuesen obligatorios sino cuando no hubiese nada dispuesto en aquél; que á él cediesen todas las compilaciones, y que la última de todas fueran las Partidas, á las que dió una consideracion legal que ántes no habian tenido, y con esto, una inmensa influencia. Nada, sin embargo, se habia conseguido; la anarquía en la legislacion continuaba, puesto que la *legislacion foral* nada habia perdido de su autoridad, y el Ordenamiento dió vigor al *Fuero Real*, sancionó las *Partidas* y no derogó ninguno de los demas códigos, que continuaron vigentes con inclusion del mismo *Fuero Juzgo*.

16. Hemos llegado á la época de mayor auge para la monarquía castellana; unidas las coronas de Castilla y Aragon por el matrimonio de doña Isabel y D. Fernando, arrojados de España los sarracenos merced á la conquista de Granada, y descubierto un nuevo mundo, que inmortalizará el nombre de los Reyes Católicos, vencedoras sus armas en la Península y en Italia, puede decirse que se habia llegado á realizar la unidad política, y que podia esperarse que muy en breve se llegaria á la unidad legal; no sucedió así, como verémos luégo, aunque éstos fueran los deseos de los Reyes Católicos.

17. Para conseguirlo, D. Fernando y doña Isabel encargaron á Alonso Diaz de Montalvo, jurisconsulto que habia ya florecido en los reinados de D. Juan el II y de D. Enrique IV, que compilase todas las Ordenanzas, Pragmáticas y demas disposiciones dadas desde D. Alfonso el Sabio. Recibida la órden por Montalvo en 1480 celebrándose Córtes en Toledo, procedió á formar su compilacion, que parece se concluyó en 1484 y se publicó por primera vez en 1485.

18. Consta de ocho libros, que se dividen en títulos y leyes; algunas llevan por epígrafe el nombre del rey que las dió, siendo de notar que no hay ninguna que lleve el de D. Pedro I de Cas-

tilla; algunos autores creen que los Reyes Católicos le prohibieron que le citára (1).

19. En obsequio á la brevedad necesaria en esta obra, sólo citarémos los epígrafes más notables de los ocho libros del *Ordenamiento*. Los *doce títulos* del *libro primero* tratan de la religion. Los *veintitres* del *segundo* de los oficios reales y de la córte. El *libro tercero* se ocupa de los procedimientos. El *cuarto*, de los caballeros, hijosdalgo y exentos. El *quinto*, de matrimonios, herencias y últimas voluntades. El *sexto*, de las rentas y contadores reales. De los propios de las ciudades, villas y concejos el *séptimo*, y del Derecho penal el *octavo*.

20. Si relativamente á este código no existen, como en otros muchos, dudas respecto á quién fué su autor, ni á la época de su publicacion, existen, sí, por lo que toca á su valor legal y autorizacion que obtuvo de los Reyes Católicos; quiénes defienden que fué sólo una compilacion de carácter privado, aceptada por el uso de los tribunales (2); quiénes, por el contrario, opinan que tuvo autoridad legal y que se la dieron los mismos monarcas en cuyo tiempo se formó (3). En favor de esta última opinion vienen las palabras insertas á la cabeza del mismo libro, en que se dice *fué compuesto por mandado de los muy altos y poderosos señores rey Don Fernando y reina Doña Isabel.*

21. Conócese con el nombre de *Ordenanzas reales de Castilla*, y Marina y otros creen que éste fué su nombre primitivo, miéntras Clemencin opina que las dos primeras ediciones no llevaban ese título. Se han hecho de este código várias ediciones, y fué comentado y glosado en 1574 por Diego Perez, profesor de la universidad de Salamanca.

22. La segunda coleccion hecha en tiempo de los Reyes Católicos fué la de las pragmáticas, provisiones y bulas del Papa referentes á la jurisdiccion real, que se llevó á cabo en Alcalá de Henáres en 1503. De ella se han hecho várias ediciones, pero es generalmente poco conocida.

23. Hemos dicho que durante los dos períodos de esta época

---

(1) Juan de Villena en una *representacion* inédita fechada en 1526.—Clemencin, *Ilustracion al elogio de la reina doña Isabel.*

(2) Salon de Paz, Fernandez de Mesa, el P. Burriel y los doctores Asso y de Manuel.

(3) Clemencin, Marina, Sempere.

la nobleza trabajó sin tregua y sin descanso por tener un código verdaderamente aristocrático, que al par que fijase y definiese sus derechos, aumentase su poder y su importancia, y que aunque obtuvieron el *Ordenamiento de Nájera* primero, y el *Fuero Viejo* de Castilla despues, ni el uno ni el otro habian sido considerados como verdaderas colecciones legales en el primer período: en el segundo y en los tiempos de D. Alfonso el Onceno y de D. Pedro I de Castilla fueron más felices, y consiguieron, como hemos dicho, que el *Fuero Viejo* fuese sancionado, si bien no aparece la carta de confirmacion de ninguno de los reyes.

24. Como de él hemos hecho mencion en otro lugar, no hacemos ahora más que una leve referencia. Tras largos años de lucha, la *Nobleza* habia conseguido sus más grandes aspiraciones, veia sus Derechos definidos y sancionados por una ley; pero el triunfo vino tarde, ya la *Nobleza* no era lo que habia sido; la energía, el valor, signos característicos de esa clase en el primer período de esta época, no lo eran en el segundo; la molicie, el lujo y la ambicion de goces los habian sustituido, haciéndoles perder el ascendiente de entónces, y en cambio los reyes y el pueblo, engrandeciéndose, enriqueciéndose é ilustrándose, pueden ya imponerse y luchar con éxito seguro.

25. Llegamos al término de este período, á la época indudablemente más grande, más importante y más digna de estudio de nuestra historia; el enlace de D. Fernando y de doña Isabel unia las dos coronas de Aragon y de Castilla, y hacía nacer la verdadera nacion española, dando á sus reyes una fuerza, un prestigio y un poderío inmensos: faltaba sólo un floron á esta corona; áun existia Granada y un rey moro ocupaba el trono de la ciudad sin par; los Reyes Católicos la sitian, y tras largo asedio la toman, y termina el poderío árabe en España. Empero áun les reservaba otro nuevo triunfo la Providencia, y Colon, el gran Colon, les da un nuevo mundo para que jamas se ponga el sol en la privilegiada tierra de Castilla.

26. El poder de los Reyes Católicos llega á su apogeo, el amor de los pueblos bajo su cetro sometidos, y su alto saber y preclaras virtudes lo acrecientan y engrandecen más y más cada dia; pero frente á su poder áun se ostentaba otro poder, si bien débil ya, importante todavía, el poder de la *Nobleza*, y D. Fernando y doña Isabel se apresuran á anonadarlo y amenguarlo; para esto

se valen de medios indirectos que, halagando el orgullo de los grandes, y dándoles una importancia ficticia, merman y destruyen su importancia real, efectiva y temible. Por una parte, haciéndolos venir á la córte, obligándolos á rodear el trono para darles más brillo y ostentacion, hacen que las costumbres agrestes y guerreras de los grandes se dulcifiquen, que sus relaciones con sus vasallos se relajen, y que de dia en dia pierdan fuerza y poder. Por otra, obligándolos á hacer grandes gastos, uniendo á la monarquía los grandes maestrazgos de las órdenes militares y dando á éstas un carácter más honorífico que guerrero, los empobrecen é imposibilitan de tentar guerras y empresas contra sus reyes y señores.

27. Las CÓRTES continúan siendo todavía, al par que un lazo de union entre los reyes y el pueblo, un freno para aquéllos y para los grandes; las AUDIENCIAS, como centros de jurisdiccion, extendidas, dotadas de un personal científico importante, reglamentadas y pesando lo mismo sobre el noble que sobre el pechero; la administracion en general, que permite al hombre, sea cual sea su procedencia, llegar á los más altos puestos del Estado, y la preponderancia del *Clero*, son otros tantos elementos que se adunan para acabar de una vez con el predominio de la aristocracia.

28. Si los sucesores de los Reyes Católicos hubieran seguido la política de éstos, si los derechos de los pueblos se hubiesen conservado, si en la segunda época que vamos á examinar se hubiese seguido trabajando por unificar la legislacion, tal vez no hubiera decaido España del estado floreciente y magnífico en que la encontramos durante el próspero y grandioso reinado de Don Fernando y doña Isabel.

29. Hasta ahora sólo nos hemos ocupado de la historia del Derecho en Castilla, tanto porque es el más general, cuanto por ser el que más íntimamente se enlaza con nuestro Derecho actual; hemos visto de qué manera es vário y distinto, especialmente en la época que venimos estudiando, pero áun hay otra fuente de variedad y distincion, de que no hemos hablado, y de la que vamos á ocuparnos rapidísimamente: aludimos á la legislacion contenida en los llamados *Fueros provinciales*, en uso muchos de ellos actualmente, y de los que nos hemos de ocupar en las instituciones de nuestro Derecho.

30. Sabido es que á poco de iniciarse la reconquista, el carácter especial de ésta, por una parte, las ambiciones personales de los grandes y magnates en lucha unas veces con los reyes y otras con los pueblos; los encontrados intereses de éstos, y á las veces las afecciones particulares de los mismos reyes, fueron causa de que, al reconstituirse por la conquista la nacionalidad española, existiera la misma variedad en la vida política que hemos señalado como carácter distintivo en la vida legal del pueblo español. De aquí por lo tanto la diversidad de Estados soberanos que existian en el seno de la Península.

31. Las provincias Vascongadas y la de Navarra formaron un reino fuerte y poderoso; no ménos lo fué el de Aragon, y aunque de más escasa importancia, no dejó de tenerla bajo el punto histórico y legal el pequeño reino de Mallorca. Claro es que esta disgregacion, esta constitucion especial de distintos estados, esta lucha por largo tiempo sostenida entre unos y otros, habia de reflejarse natural y necesariamente en el cuadro general de la legislacion española. Análogas necesidades y análogas tendencias se observan en todos ellos; porque en la esencia todos estaban sometidos á la misma ley general.

32. El sentimiento de independencia en todos se revela; la variedad á todos los domina; la tendencia á la unidad pesa sobre todos; y así como en los reinos de Castilla y de Leon la variedad se manifiesta en los fueros municipales, de la misma manera aparecen en los reinos de Navarra, Aragon y Mallorca.

33. Cuando la tendencia á la unidad se hace sentir, todos la sienten de idéntica manera, y si en Castilla y en Leon se revela esta tendencia en los magníficos códigos y grandiosas concepciones del Rey Sabio, en los otros estados, independientes entónces, pero que más tarde vinieron á formar parte de la monarquía, se revela tambien por la formacion de códigos con distintos nombres conocidos, que áun no han sido derogados ni han entrado á formar parte de nuestra legislacion general, que se conocen con los nombres de *Fueros Provinciales*, que en lo político y administrativo están en alguna parte vigentes; pero que, como hemos indicado ya, en lo civil rigen sin contradiccion en multitud de puntos, y son necesariamente objeto del estudio de nuestros jurisconsultos y de la decision de nuestros tribunales.

34. Quizás hasta hace poco estas legislaciones especiales, si

bien muy importantes en las provincias donde rigen, no lo eran tanto para el jurisconsulto castellano, porque limitadas las relaciones de provincia á provincia, no tenian fuera de aquéllas grande aplicacion, y porque no existia un alto cuerpo encargado por la ley de uniformar nuestra legislacion civil, uniformando la jurisprudencia. Por eso, ni en las Universidades de España se estudiaba lo que hoy se llama Derecho foral, ni se conocian casi más que de nombre los Fueros Provinciales.

35. Estrechados los lazos de provincia á provincia, destruidas casi por completo las barreras que las dividian, aumentadas de una manera notable entre todas ellas las relaciones de comercio y de familia, atribuido al Tribunal Supremo el conocimiento en casacion de todos los asuntos que se ventilan en los tribunales de España, formándose de las sentencias de tan alto como ilustrado cuerpo, la jurisprudencia que tanto ha de contribuir á unificar nuestra legislacion, el Derecho foral, mejor dicho, los Fueros Provinciales, tienen hoy grandísima importancia, y se hace necesario ocuparse de ellos con cierto detenimiento.

36. Cierto es que allí donde esos fueros dominaban, se comentaron y explicaron por sabios jurisconsultos; pero las obras de éstos, sobre ser raras, son poco conocidas: cierto es tambien que escritores tan eminentes como el Sr. D. Benito Gutierrez, se han ocupado modernamente de este asunto con grande erudicion y notable saber; pero estas obras, que por su extension son más bien de consulta que didácticas, no pueden dispensarnos de dirigir nuestra atencion al estudio de la legislacion que nos ocupa, siquiera la tratemos con la mayor posible concision.

37. Aragon. La parte de territorio que corresponde hoy al reino de Aragon y que quedó libre de la dominacion arábiga, formó parte del reino de Navarra concedido en feudo por los años de 873 á Sancho Iñigo Arista, Conde de Bigorra. Separóse Aragon de Navarra en 1035 por la voluntad de D. Sancho el Mayor; volvió á unirse con Navarra, para separarse de nuevo al morir D. Alfonso el Batallador, y se acrecentó por herencia y por conquista hácia los años de 1228 á 1238 bajo el cetro de D. Jaime el Conquistador.

38. Dilató Aragon su poder y sus conquistas fuera de España, hasta que por el casamiento de D. Fernando el Católico con doña Isabel I de Castilla, Aragon y Navarra vinieron á formar parte de la poderosa monarquía española.

39. No puede caber duda en que en el reino de Aragon, como en los de Astúrias y Leon, el Fuero Juzgo debió ser la ley comun de los primeros tiempos de la reconquista, como tampoco puede dudarse que las necesidades de esta produjeran aquí, como ocasionaron allá, la formacion de fueros municipales. Los primeros que aparecen concedidos hácia los años 1082 por Sancho Ramirez, son : el Fuero de Sobrarve y el de Jaca, notables ambos, no sólo bajo el punto de vista histórico, sino bajo el legal. Ambos, pero muy especialmente el de Jaca, más célebre desde entónces que el de Sobrarve, pueden considerarse como compilacion de costumbres y disposiciones agrarias, militares y administrativas, propias de un pueblo naciente, pobre y guerrero. El Fuero de Jaca gozó de gran prestigio y se extendió á otros varios pueblos.

40. No ménos célebres fueron el que Alfonso I dió á Zaragoza, que confirmado más tarde, en 1283, por las Córtes de Aragon, recibió el nombre de *privilegio general*, y los de Daroca concedidos por D. Ramon Berenguer, y los de Huesca por D. Jaime I.

41. Entrado el siglo XII, las Córtes de Aragon habian obtenido grande importancia; en ellas se discutian y sancionaban leyes que el tiempo y las necesidades aumentaron, y el rey Jaime I quiso compilarlas, como lo verificó, dando el encargo al sabio jurisconsulto aragonés y obispo de Huesca D. Vidal de Cañellas, que formó la compilacion de los *Fueros de Aragon*, promulgada en las Córtes de 1247. Hallábase dividida en ocho libros, que poco á poco fueron aumentándose hasta doce : parece que se escribió en lengua vulgar, si bien despues, reinando Jaime II, se tradujo al latin por Jimeno Perez de Salanova, y con aprobacion del reino en Córtes. Las de Monzon de 1537 solicitaron su reforma en vista del desórden y falta de método que, merced á las muchas adiciones hechas desde 1247, se notaban en la compilacion; reformóse, en efecto, en 1547, y esta nueva compilacion es la que hoy se conoce y está en uso.

42. Compónese el Código de nueve libros, divididos en títulos que están sin numerar. El libro primero trata de las cosas eclesiásticas, de las Córtes y de su celebracion, de algunos asuntos políticos y de los oficios y empleos gubernativos, administrativos y judiciales del reino.—Los libros segundo y tercero tratan del enjuiciamiento.—El cuarto de obligaciones y contratos.—El quinto de matrimonios y tutelas.—El sexto del delito de hurto y de

las sucesiones.—El séptimo de los caballeros, de los infanzones, de los privilegios de ambos y de asuntos militares, de la posesion, de la prescripcion y de otras materias judiciales.—El octavo de los atentados contra la posesion, de la conservacion de muros y fortalezas, de las prendas, de las fianzas y sus excepciones, de los subastadores ó corredores, de los pagos, de las donaciones y de la adopcion.—El libro nono, con que la compilacion termina, legisla sobre los apellidos, la manifestacion de las personas, el procedimiento criminal y los delitos y sus penas.

43. No eran sólo los *Fueros generales* las leyes que existian en Aragon; conocíase otra fuente de derecho nacida en el uso y la costumbre inmemorial, y que recibia el nombre de *Observancias*. Recogidas y anotadas fueron éstas por los más célebres jurisconsultos aragoneses, entre ellos Salanova y Hospital; y tal fuerza adquirieron y tanta valía tuvieron en Aragon, que el justicia don Martin Diaz de Aux, con autoridad de las Córtes, hizo de ellas una coleccion dividida, como los fueros, en nueve libros, que vino á aumentar el de los Fueros en tiempo de Alonso V.

44. Rigióse Aragon sola y exclusivamente por estas leyes, hasta que por los años de 1701 á 1714, D. Felipe V, por Real decreto de 3 de Abril de 1711 (1), mandó que sólo subsistiesen las leyes aragonesas en cuanto al Derecho civil privado y en los negocios entre particulares.

45. El Derecho civil aragonés concedia grandes privilegios á os nobles é infanzones sobre el pueblo, que contribuia con gravosos impuestos y tributos para mantener las tropas que aquéllos y los reyes sostenian. A estos tributos que percibian los ricos homes por medio de sus Bailes, estaban sujetos los infanzones, caballeros é hidalgos de su servicio. Para cobrarlos ejercian jurisdiccion y podian matar de hambre, sed y frio á sus vasallos.

46. No se conoce en Aragon la pátria potestad, y la mayor edad era completa á los veinte años, pues si bien se declaraba en los varones y en las hembras á los catorce, no podian contratar sin autorizacion del juez y de dos parientes. La madre no pierde la tutela de sus hijos por contraer posteriores nupcias.

47. Ademas de la dote que la mujer lleva al marido, se conocen en Aragon la donacion *propter nuptias*, ó dote del marido á la

(1) Ley 2.ª, tít. VII, lib. II, *Nov. Recop.*

mujer, y el *escreix*, *firma ó aumento de dote*, que era la parte de bienes del marido con que éste aseguraba la dote aportada por la mujer. La propiedad exclusiva pertenecia á ésta, sin que ni los hijos pudieran ostentar el menor derecho. Todo lo adquirido constante el matrimonio por título oneroso, era comun; pero ántes de hacer la division de gananciales podian separarse los que se denominan *aventajas forales*, que eran: para el marido, un caballo, rocin ó mula, dos bestias para arar, su cama, armas, vestidos y librería; y para la mujer, una mula de cabalgar, cama, vestidos, joyas, un vaso de plata y algunos objetos de cocina. El cónyuge sobreviviente tiene la *viudedad* ó usufructo de los bienes del premuerto, miéntras no se case ó la mujer viva deshonestamente.

48. La posesion civil y natural y la propiedad se adquieren por contrato sin necesidad de tradicion. Por la prescripcion de 39 años y por la de 3 se adquieren respectivamente los bienes raíces y muebles, sin necesidad de justo título, y con él por la de año y dia, dando conocimiento al que pretendiese tener Derecho.

49. Se otorgan los testamentos ante escribano y dos testigos, que en el nuncupativo pueden ser mujeres. El padre es libre de testar, siempre que deje á sus hijos 5 sueldos jaqueses por los muebles y 5 por los raíces. La cuarta *Falcidia* y la *Trebelianica* no se conocen en Aragon.

50. En la sucesion intestada es máxima que los bienes no suben sino bajan; así es que la herencia se defiere á los hijos y descendientes, y en su defecto á los colaterales de donde los bienes procedan.

51. No se perfecciona el contrato de venta por sólo el consentimiento, pero no se rescinde por dolo ni lesion, ni por restitucion *in integrum*, que es allí desconocida. La *enfitéusis* se llama *tributacion*, y á la pension, *treudo*.

52. Finalmente, son notables los cuatro procesos forales que han llegado hasta nuestros dias, con los nombres de *Firma*, *Aprension*, *Inventario* y *Manifestacion*. Es la Firma una especie de interdicto que expedia el justicia, y despues la Audiencia, y que vedaba molestar en sus bienes y derechos al que lo obtenia. La Aprension es un secuestro judicial hecho en los bienes inmuebles para garantir el Derecho real de alguno. Era el de Inventario la descripcion y embargo en los bienes muebles litigiosos, y la

Manifestacion, por último, era un interdicto para manifestar ó exhibir los procesos eclesiásticos ó las personas que se hallaban *posse judicum*, ó *posse privatorum*.

53. CATALUÑA. Reconquistada Barcelona de los árabes allá por los años de 801, los catalanes rindieron pleito homenaje á Ludovico Pío, y quedaron sometidos á los Condes nombrados por los monarcas de Francia, hasta que por cesion de éstos á Vifredo el Velloso, quedó Barcelona constituida en condado soberano.

54. No podia olvidar Barcelona que habia sido la capital del imperio visigodo, y así fué que el *Fuero Juzgo* y la legislacion visigoda continuaron siendo la ley comun del territorio catalan. Sin embargo, la grande influencia de los monarcas franceses y las íntimas y constantes relaciones entre los dos pueblos ejercieron importantísima influencia: entronizóse allí algo del feudalismo dominante en Francia; siguiéronse como consecuencia funestas luchas intestinas entre los magnates, depredaciones y robos sin cuento, y un estado tan grave de perturbacion, que ni el poder de los Concilios, ni la publicacion de la paz y tregua de Dios, fueron bastantes á destruir.

55. Así las cosas, D. Ramon Berenguer, llamado el Viejo, sucedió en el Condado de Barcelona, y deseando cortar males tan graves, reunió en 1068 un congreso de los magnates del país y promulgó, de acuerdo con ellos, el código llamado de los *Usatjes*, cuya tendencia fué elevar el poder del Príncipe sobre el de los magnates, regular las relaciones entre señores y vasallos, y reformar, en parte, la legislacion goda civil y penal, cosa necesaria por razon de la nueva forma y nuevas necesidades de aquel Estado.

56. Este código, digno de estudio, no sólo por ser un precioso monumento de las costumbres de aquellos tiempos, sino por constituir la base de la legislacion civil de Cataluña, consta, tal cual hoy le conocemos, de 174 capítulos ó *Usatjes*, si bien muchos de ellos son añadidos por los Condes de Barcelona y por los Reyes de Aragon que les sucedieron.

57. La índole de estos trabajos no nos permite, como quisiéramos, hacer un exámen detenido de este código; dirémos sólo que da á la autoridad soberana del Príncipe la mayor parte de los derechos inherentes á la soberanía; que define algunos principios de Derecho internacional en favor de los extranjeros; que coarta y

regula el Derecho de la fuerza, único dominante hasta entónces en el Principado; que se ocupa muy especialmente de los derechos entre los señores y vasallos, segun las costumbres feudales, que despues fueron compiladas por el canónigo Pedro Alver y elevadas muchas de ellas á leyes. Excesivas por demas eran las prestaciones que el *Carlan*, vasallo, hombre propio ó adscripticio, estaban obligados á dar al señor en dinero ó en servicios personales, así como las facultades y derechos que el señor tenía sobre sus vasallos, que hoy apénas si se comprenden.

58. Pero si era triste y gravosa la situacion del feudatario en general, mucho más triste era la de los hombres de remensa, ó sea los vecinos de pueblos ocupados por los moros que no habian querido sacudir el yugo y que despues fueron reconquistados. Regíanse éstos por los *malos usos*, que eran seis clases de tributos á cual más gravosos é irritantes: la *remensa* ó redencion personal por dinero, para poder trasladarse de un punto á otro; la *intestia*, que era la parte que el señor tomaba de los bienes del vasallo muerto *ab intestato;* la *cugutia*, ó parte de los bienes que el señor se llevaba de los que perdia la mujer adúltera; la *xorquia*, ó parte en la sucesion de los que morian sin hijos; la *arcia*, que les daba derecho á tomar para nodriza de los hijos del señor á cualquiera mujer del pueblo, y finalmente, la *firma de espoli forsada*, que le daba derecho á dormir con la mujer recien casada la primer noche de su matrimonio. Tras largas luchas, los seis *malos usos* desaparecieron en 1486; algo tambien se ocuparon los *Usatjes* de la forma de enjuiciar, y con bastante acierto para la época en que se escribieron.

59. El *Usatje* 81 declara como no abolidas, pero como supletorias, las leyes godas; así que pocas disposiciones de Derecho civil propiamente dicho contienen: son, sin embargo, notables las que hacen válidas las donaciones de padres á hijos, fijan los casos de desheredacion, la mayor edad á los veinte años en los caballeros y en los quince para los rústicos, y la que dispone que los derechos del Príncipe y de la Iglesia no prescriban ni por doscientos años.

60. A proporcion que la legislacion romana y canónica se fué extendiendo por Europa y por España, la legislacion goda decayó en Cataluña; y sin duda alguna sería tal el abuso, que Jaime I, en las Córtes de Barcelona de 1231, mandó que no fuesen admi-

tidas las leyes romanas, las godas ni las decretales, y que los pleitos se fallasen por los *Usatjes* de Barcelona, costumbres aprobadas ó por la razon natural. Dia por dia fué perdiendo fuerza la legislacion goda en Cataluña, y á pesar de la prohibicion de Jaime I, adquiriendo valor la jurisprudencia romana, hasta tal punto que en la recopilacion formada en 1588 se colocó entre las leyes derogadas la que hemos indicado de Jaime I. Aumentados los *Usatjes*, multiplicadas las constituciones y leyes del Principado, se creyó conveniente por Fernando I en 1413 recopilarlas, habiéndolas ántes hecho verter al catalan; no se publicó empero esta recopilacion hasta el reinado de D. Fernando II, y aumentada con nuevas leyes se reimprimió en 1588 y en 1704. Largo sería hacer un análisis de estas recopilaciones, siquiera fuese muy conciso; sólo dirémos que en ellas se arreglan todas las cuestiones de Derecho civil, muchas de Derecho político, de Derecho administrativo y de Derecho penal, siendo notables las leyes sobre servidumbres urbanas y rústicas llamadas *ordinaciones den Sanctasilia*, formadas en tiempo de Jaime II, y que indudablemente han servido de base al capítulo de la servidumbre del código frances, puesto que éste está tomado de las costumbres de París y de Orleans, redactadas dos siglos despues que las de Barcelona, y sin duda alguna copiadas en gran parte de ellas. Es notable tambien, en la parte penal, la ley en virtud de la que estaba prohibida la inquisicion, y se disponia que no resultando del sumario prueba plena ó semiplena, se pusiese en libertad al presunto reo. Notable es tambien por más de un concepto cuanto relativamente al comercio, contratos mercantiles, pesos y medidas, naves y Banco de Barcelona se dispone.

61. Muy poco conocido era el *Código de las Costumbres de Tortosa*, dado á la estampa hace muy poco por el Sr. D. Bienvenido Oliver, notable é ilustrado jurisconsulto. En los nueve libros que forman el *Código de las Costumbres de Tortosa* se hallan tratadas de una manera notable todas las materias correspondientes al Derecho político, civil, penal, mercantil y marítimo.

62. Fueros de Valencia. Aunque el reino de Valencia formó siempre parte de la corona de Aragon, se rigió por instituciones políticas y leyes especiales. Concedióle fueros Jaime I, que confirmados y reformados en las Córtes de Valencia, rigieron como leyes hasta su abolicion en 1707. El código que nos ocupa,

notable por más de un concepto, se separa en muchas cuestiones de Derecho civil de las disposiciones del Fuero aragonés; toma mucho de la legislacion romana, pero ni la copia servilmente ni adopta sus sutilezas, sino que, por el contrario, introduce variantes de importancia acordes con la marcha de los tiempos, y, por punto general, muy acertadas. En vano sería buscar en este código un método científico, pues ni en él ni en los demas fueros provinciales se halla, y bajo este aspecto son indudablemente todos ellos inferiores á las compilaciones legales de Castilla, si bien quizá sean superiores á éstas en conservar costumbres y tradiciones genuinamente españolas, que en Castilla se perdieron, merced á la alta importancia que el magnífico *Código de las Partidas* dió á la legislacion romana.

En el curso de esta obra, y en la parte foral de cada institucion, hemos de ocuparnos de lo que está vigente, y por lo tanto, no nos extendemos más en el análisis del *Fuero valenciano*.

63. NAVARRA. Sabido es que la Navarra española formó desde el principio de la reconquista un Estado soberano completamente independiente del reino de Astúrias, ya bajo la proteccion de la Francia, ya desde 885 como reino completamente independiente. Despues de muchas vicisitudes, la Navarra española, conquistada en 1512 por D. Fernando el Católico, vino á formar parte de la monarquía española.

64. Parece indudable que en este reino, hasta cierto punto separado ántes de la invasion de los godos dominadores en España y despues de ella, de los reinos verdaderamente españoles creados por la reconquista, unido á la Francia y dominado por ella, la legislacion goda no echase raíces ni tuviera gran importancia durante la reconquista: en cambio el feudalismo debió introducirse en la Navarra española é influir de una manera muy notable en su modo de ser. Esto no quita para que los pueblos que componian este reino se rigiesen, como los del resto de España, por leyes especiales, que tambien pueden designarse con el nombre de Fueros, y que unidos á las costumbres y leyes generales de aquellos Estados, dieron lugar más tarde á la compilacion del *Fuero general*. A estos fueros particulares deben unirse otros tres que regulaban respectivamente la situacion de las tres clases en que la nacion se dividia; esto es, la de los nobles, la de los francos ú hombres libres llamados tambien ruanos, y la de los labra-

dores, pecheros ó villanos. Indudablemente en toda la parte foral de Navarra predominan los mismos principios que en la del resto de España, como que debia aquella legislacion su orígen y obedecia á las mismas causas productoras.

65. Era tal el cáos que esta legislacion, tan vária en su forma como una en su esencia, producia en Navarra, que en las Córtes de Estella de 1231 se acordó conceder el arbitraje para ordenar la legislacion al Papa y enviar á Roma con el objeto de exponerle el estado del país y sus necesidades y sus aspiraciones mandatarios del Rey, de la nobleza y de las Córtes, comprometiéndose todos á estar y á pasar por lo que el Sumo Pontífice decidiera. Claro es que para ello se hacía preciso poder presentar al árbitro supremo, que se habia elegido, de una manera clara y terminante, lo que habia de ser objeto del arbitraje : para ello se escogieron por las Córtes diez ricos homes, veinte caballeros y diez hombres de órdenes, los cuales, unidos al obispo de Pamplona y á los consejeros del Rey, compilasen los Fueros todos del reino. Este es el orígen, segun escritores de nota, de la compilacion del *Fuero general de Navarra*, escrito en idioma castellano y dividido en seis libros, que á su vez se subdividen en títulos y en capítulos.

66. Es de advertir que este *Fuero general*, como todos los Códigos, y que con este carácter se dieron en España en los siglos medios, comprende, como los antiguos *Códigos romanos*, cuanto abarca la ley en materias políticas, civiles, religiosas, penales, administrativas, etc.; así es, que

67. *El libro primero:* puede considerarse como la constitucion política y social del reino de Navarra.

68. *El segundo:* se ocupa de los juicios, de la sustanciacion de éstos, de las pruebas, de las que la principal era la de testigos, sin que entre las demas dejase de haberlas peregrinas, tales como la prueba del asno para acreditar si una heredad estaba bien ó mal cercada de seto, la de la cama de paja para demostrar hasta qué punto era grave la enfermedad del deudor principal y podia tener en suspenso la responsabilidad de los fiadores, y otras no ménos especiales. Dignas de estudio son tambien las disposiciones referentes á sucesiones, que en las abintestato tenian algo de comun con las de Aragon. La patria potestad es desconocida, si bien en su lugar los padres eran tutores de sus hijos.

69. *El libro tercero:* se ocupa de las Iglesias y de todo lo concerniente á Derecho eclesiástico, así como de los señoríos solariegos, de los contratos, de las obligaciones, de las donaciones y de los testamentos. Excusado es decir que los derechos de los señores respecto á los vasallos, ya fuesen realengos, abadengos ó solariegos, eran como todos los feudales, duros en demasía, hasta el punto de que á la muerte del villano sus hijos se dividian entre el señor solariego y el rico home que gobernaba el pueblo. Conocíase el retracto patrimonial y el contrato de fiaduría que podia celebrar hasta el menor de siete años. En cuanto á los testamentos y donaciones, la nobleza tenía el Derecho á disponer libremente de sus bienes.

70. *El libro cuarto:* que se refiere al contrato de matrimonio, contiene tambien disposiciones notables, especialmente en cuanto al matrimonio celebrado entre infanzones. Conocíase la viudedad ó usufructo de los bienes en favor del superviviente. Daba el Infanzon tres fianzas á su mujer, y ésta otras tres al marido. Obligacion de éste era vestir á la mujer segun su clase, darle para comer un robo de trigo, *conducho* cada veinte dias, un tocino que valiera seis robos de trigo y cinco cocas de vino, la mitad de mosto y la otra mitad de vino aguado.

71. *El libro quinto:* trata de los delitos, de las penas y del Derecho criminal, y en él, como en la mayor parte de la legislacion foral, debe advertirse que las penas, por punto general, son pecuniarias.

72. *El libro sexto:* se ocupa de la caza, siendo de notar que la de las perdices pertenecia exclusivamente al Rey y á los hidalgos. De los pastos que eran comunes, si bien los infanzones podian formar dehesas acotadas. De los ganados trashumantes, de los guardas de campo y heredades, de la adquisicion de terrenos de aluvion, de los caminos públicos y vecinales, y de otros objetos relacionados con la agricultura.

73. *El Capitular* de 1330, hecho por D. Felipe III, mejoró el Fuero, que aumentado despues con otras reformas y leyes dadas en Córtes, vino á formar la *Novísima Recopilacion*, que es el cuerpo de Derecho vigente hoy en Navarra en una parte del Derecho civil, toda vez que en lo demas se rige el Reino por las leyes generales de la nacion.

74. ALAVA. Puede asegurarse que el *Fuero de Alava*, nacido

quizá en la famosa *Cofradía del Campo de Arraiga* era más bien político y administrativo que civil : en este concepto ha de considerarse tambien el privilegio dado en 2 de Abril de 1332, en premio de la sumision que los fijosdalgos alaveses hicieron á Castilla; y si bien hácia el siglo XIV se multiplicaron las hermandades para las que D. Juan el II en 1417 dió un cuaderno de Ordenanzas, éstas se derogaron para formar otras nuevas por don Enrique IV, y formadas en las Córtes de Rivabellosa en 1467, fueron confirmadas entónces, y despues por los Reyes Católicos y por Cárlos I en 1488 y 1537.

75. VIZCAYA. Aunque agregada desde muy antiguo á la corona de Castilla, fué durante mucho tiempo feudataria de las casas de los Haros y los Laras. Parece que hasta el año 1342, en que se formó el primer cuaderno de Fueros de Vizcaya, compuesto de treinta y siete leyes, la legislacion habia sido consuetudinaria : confirmó el Fuero D. Juan I en 1376, y concedió á la villa de Bilbao en 1372 un privilegio, que no era otra cosa más que la recopilacion de todos los Fueros conocidos en Vizcaya. Formóse en 1452 un nuevo Código más completo y general, y por fin, en 1525, se compiló y aprobó en Junta general, tenida so el árbol de Guernica, un Código que se conoce con el título de *Fueros*, *Franquezas*, *Libertades*, *Buenos usos y costumbres* D. M. N. y L. Señorío de Vizcaya, que recibió en 1527 la confirmacion de D. Cárlos I, y que ha sido objeto de otras posteriores.

76. Este Código, por más de un concepto notable, se compone de treinta y siete capítulos, y las leyes en ellos contenidas se ocupan de todo lo concerniente al Derecho político, social, civil y criminal del señorío.

77. La idea predominante en este *Fuero* es la conservacion de los bienes raíces en la familia, y para conseguirlo, no sólo otorga á los parientes el Derecho de retracto, sino que previene que las ventas se pregonen siempre en la anteiglesia y que el retraente pague sólo la tercera parte del precio, si excede de mil maravedises, teniendo para verificarlo de las dos terceras restantes el plazo de seis meses y un año respectivamente.

78. Libertad ámplia tienen los padres para disponer por donacion ó testamento de sus bienes en favor del hijo que más les plazca, dejando algo á los demas, y para hacerlo de los muebles si no tuviere hijos, pues los raíces quedan reservados para los

*profincos tronqueros.* Claro es que la sucesion abintestato ha de ser tambien troncal. Hasta los diez y ocho años está el hijo en tutela del padre ó de la madre que sobrevive.

79. Todo lo concerniente á la agricultura, industria de ferretería y caminos públicos ó privados, es objeto de leyes de este Código.

80. GUIPÚZCOA. Puede decirse que la base de este *Fuero* fué el cuaderno de la hermandad formado de órden de D. Enrique II por García Perez de Camargo, reformado y adicionado várias veces hasta 1483, dando lugar á que en 1792 recopilase D. Miguel de Arámburo todo lo hasta entónces existente bajo el título de *Nueva Recopilacion de los Fueros, Privilegios, Buenos usos y costumbres, Leyes* y *Ordenanzas* de la M. N. y M. L. provincia de Guipúzcoa. Esta compilacion se ocupa del órden político, económico y administrativo de la provincia, y sólo contiene dos leyes de carácter civil referentes á plantaciones.

81. Como puede verse por las rápidas indicaciones que respecto á los FUEROS GENERALES Ó PROVINCIALES acabamos de hacer, ellos, como todos los Códigos más ó ménos importantes publicados hasta nuestros dias, abrazan cuantos ramos de legislacion son necesarios para regir á un pueblo; pero es fácil de comprender, si se tiene en cuenta la época en que se compilaron y formaron, las necesidades especiales de aquellos tiempos, el carácter de la reconquista, las relaciones entónces existentes dentro de la Península española de pueblo á pueblo y las razones por que hoy nosotros nos ocupamos de estos *Fueros provinciales*, que debemos considerarlos bajo dos distintas fases; bajo la política, que encerrará todo lo relativo á administracion, gobierno, economía pública y leyes criminales, y bajo la faz civil, reguladora de las relaciones particulares y privadas de los hombres. Bajo el primer aspecto, derogados están sin duda alguna, y para nada tienen que ser objeto de nuestro estudio posterior; bajo el segundo, por el contrario, están vigentes muchas de sus disposiciones, y hemos de tener por necesidad que anotarlas, compararlas y ligarlas con nuestro Derecho civil general. Por eso, y porque es probable que pase aún largo tiempo sin que un Código general unifique la legislacion civil de España, hemos creido necesario dar á esta leccion alguna más amplitud de la que le dimos en la primera edicion de nuestra obra.

# LECCION XI.

**Historia del Derecho.—Segunda edad.—Segunda época.—España unificada politicamente.—Desde principios del siglo XVI á principios del siglo XIX.**

**SUMARIO.**

Segunda edad.—Segunda época. Unificacion política de España.—1 y 2. Estado político y social de España durante esta época.—3 al 5. Sus causas, necesidad de dividir esta época en dos períodos. Primer período, desde principios del siglo XVI á principios del XVII. Segundo período, desde el XVII á principios del XIX.—5. Primer período, sus caractéres.—6 al 9. LEYES DE TORO, su análisis.—10 al 14. NUEVA RECOPILACION.—15. Decadencia de las Córtes.—16. LAS AUDIENCIAS.—17. EL CONSEJO REAL.—18 y 19. Leyes parciales en este período.

1. SEGUNDA ÉPOCA: ESPAÑA POLÍTICAMENTE UNIFICADA. Hemos visto el estado floreciente en que los Reyes Católicos habian colocado la monarquía española, cómo le habian dado la UNIDAD POLÍTICA de que durante ocho siglos habia carecido, de qué manera habian abatido á la *Nobleza* quitándole la fuerza y el poder que casi la hacía superior á los reyes, y cómo habian conservado á los pueblos cuantas instituciones podian contribuir á su engrandecimiento. La política de estos monarcas era, sin duda alguna, grande y provechosa. Sucédelos en el trono su hija doña Juana la Loca, casada con D. Felipe el Hermoso, archiduque de Austria, cuyo reinado terminó para que se sentára en el trono de Castilla Don Cárlos I, su hijo, en cuya frente se unieron la corona real de España y la imperial de Alemania. Cárlos I, cuyo poder era inmenso, aunque no tanto como su ambicion, no podia amoldarse fácilmente á las libres costumbres de Castilla; sus abuelos habian echado los cimientos de la unidad monárquica, pero sin destruir los elementos varios que formaban el nervio y la vitalidad del reino, esperando que los tiempos y una política hábil y sostenida conseguirian muy presto que esa variedad se armonizase, y este

mismo pensamiento político parece que animó al grande hombre de Estado, al sabio cardenal Jimenez de Cisnéros. No se avenia, sin embargo, con el carácter dominador de Cárlos I, ni con su sed de mando y de poder, semejante pensamiento; comprendia sin duda alguna que en una monarquía tan dilatada y que sostenia guerras por todas partes, era necesaria la UNIDAD, pero no quiso que la variedad se revelase en ella, é hizo centro de esa unidad al monarca sola y exclusivamente. Centralizó en él todo el poder, toda la jurisdiccion, y trató de destruir el poder é independencia de los pueblos, puesto que el poder de la nobleza estaba ya tan mermado que no podia causarle recelos.

2. Los pueblos quisieron conservarlos, y las *Comunidades de Castilla*, las *Germanías de Valencia* y los levantamientos de Aragon y Cataluña, movimientos todos que tendian á la defensa de los Derechos populares, no ménos que á los que áun conservaba la nobleza, contribuyeron grandemente á que el *Pueblo* perdiese su independencia, los reyes aumentasen su poder y la nacion se fuese de dia en dia empobreciendo y aniquilando hasta llegar á los tristes tiempos de Cárlos II.

3. Contribuyeron muchas causas á esos tristes resultados: la unificacion política realizada por los Reyes Católicos lo habia sido más bien en la forma que en el fondo; en efecto, los distintos pueblos que formaban la monarquía no estaban unidos en intereses, ni en legislacion, ni en costumbres, ni en idioma; entre todos ellos no habia más que un lazo de union fuerte y enérgico, pero único, que era el lazo religioso; en todos los demas accidentes de la vida los intereses de los pueblos eran antagónicos; así fué que cuando debieron unirse para de consuno defender sus Derechos, no lo hicieron, y cada uno se presentó á la lucha cuando creyó que se le atacaba, cuidándose poco de los demas, por lo que los reyes pudieron batirlos fácilmente, y como habian tambien perdido el Derecho de hacer valer los suyos en las CÓRTES, que apénas se reunian, se hallaron sin defensa á merced de los monarcas. Con la independencia puede decirse que perdieron los pueblos su actividad y energía, y por lo tanto se fueron empobreciendo, ya porque los tributos necesarios para sostener las desastrosas guerras que en Italia y Flándes hizo constantemente la casa de Austria eran excesivos y sólo pesaban sobre los pueblos, ya porque la expulsion de los moriscos, la clase verdadera-

mente industrial, mató la industria, ya porque la emigracion constante á América disminuia la poblacion y hacía de España el canal por donde los inmensos raudales de oro y plata, de aquellas regiones aportados, pasaban á enriquecer extranjeros países, ya, en fin, porque la amortizacion llegó á vincular más de los dos tercios de la propiedad española y convertir en improductivos eriales una parte no escasa de la que quedó libre.

4. No hay para qué decir que el movimiento legislativo en esta época debió ser escaso y de no muy grande importancia; la vida de la dinastía austriaca fué la de la unidad política, y ésta bastaba; ni los monarcas se ocupaban de la unidad legal ni los pueblos ya la demandaban; contentábanse con lo que tenian, y no pedian por temor de perder lo que áun conservaban. Los reyes, que asumian en sí todos los poderes, legislaban por medio de pragmáticas y órdenes, y si en tiempo de Felipe II se compilaron éstas para formar la *Recopilacion*, este código no fué por cierto un modelo, ni realizó la unidad legal apetecida. Mayor actividad légal se notó desde el advenimiento de la casa de Borbon, y por eso hemos dividido esta época en dos períodos, no porque entre ellos resalten esas diferencias notables y profundas que hemos señalado en las divisiones de épocas anteriores.

5. SEGUNDA ÉPOCA: PRIMER PERÍODO. Ya hemos visto cuál ha sido la tendencia política y social de este período, cómo en él la *Nobleza* acaba de perder su importancia, las CÓRTES dejan de reunirse y el *Pueblo* pierde su independencia, los CONCEJOS á su vez dejan de ser elementos de libertad y de poder para los pueblos, mucho más desde que se instituyen los corregidores, que se imponen al *Concejo*, y que, como empleados del rey, en pro del rey trabajan. El *Clero* no perdió su influencia, muy al contrario, la fué aumentando, y la creacion del Tribunal de la Inquisicion, cuyo poder se extendió de la manera más terrible, fué uno de sus grandes elementos de dominacion; sin embargo, los reyes le tuvieron muy á raya y cuidaron muy mucho de que no se les impusiese.

6. Diéronse en este período las LEYES DE TORO, que casi puede decirse pertenecen á la época anterior, que fueron pedidas á los Reyes Católicos en las *Córtes de Toledo* de 1502; pero que no se publicaron hasta 1505, despues de muerta doña Isabel, en las *Córtes de Toro*, celebradas para jurar á doña Juana, y tuvieron por objeto concluir con la anarquía legal en que estaba España.

No presentan, sin embargo, estas leyes el carácter que los códigos anteriores, tales como las *Partidas;* fueron sólo un medio de dirimir cuestiones y aclarar puntos dudosos que la multiplicidad de códigos, compilaciones y leyes habian traido á la práctica. Muchas veces no realizaron el fin deseado por sus autores; muy al contrario, complicaron la jurisprudencia y dieron vuelo á ciertas instituciones, como los *mayorazgos*, altamente perjudiciales al país.

7. Sin detenernos á hacer un análisis detallado de las ochenta y tres Leyes de Toro, dirémos que fijan el órden de prelacion entre los diversos códigos, quitando al par la fuerza obligatoria á las decisiones de ciertos jurisconsultos; consignan la institucion de las mejoras, que tuvo su orígen en el *Fuero Juzgo*, fué olvidada por los *municipales*, restablecida por el *Real* y omitida de nuevo en las *Partidas;* restablecen el Derecho de testar por comisario, que habia permitido el *Fuero Real* y prohibido las *Partidas*, amplían la facultad de vincular, y se ocupan extensamente de los retractos, institucion de que tampoco hablaron las *Partidas*.

8. Estas leyes tuvieron, y áun tienen, grande importancia en el foro, y han sido comentadas, entre otros, por Antonio Gomez, Llamas y Molina, Castillo, Cifuentes, Palacios Rubios, Gomez Arias, y muy modernamente por Don Joaquin Francisco Pacheco.

9. Las *Leyes de Toro* se insertaron en la *Recopilacion* y forman parte de este Código, por lo que no las examinamos detalladamente.

10. La Nueva Recopilacion. En la precedente leccion hemos visto que la anarquía y variedad legal era en tiempo de los Reyes Católicos tan grande y profunda como en los reinados y tiempos anteriores; ni el *Ordenamiento de Montalvo*, ni la *Coleccion de pragmáticas*, que vino en pos de él, habian respondido al gran pensamiento de la unificacion. Doña Isabel comprendió que era necesario realizarlo, ó por lo ménos acabar con la anarquía, dudas y contradicciones que nacian del sinnúmero de códigos, leyes y disposiciones que constituian nuestro Derecho; y no pudiendo llevar á cabo su designio, lo dejó encomendado á D. Fernando, á su hija doña Juana y á sus testamentarios, mandando se formase una junta, compuesta de un prelado y várias personas doctas, se-

gun consta de su codicilo otorgado en Medina del Campo en Noviembre de 1504. Los deseos de la gran Reina quedaron sin cumplir, á pesar de que, abundando en los mismos el pueblo, en las Córtes de Valladolid de 1523, en las de Madrid de 1534, en las de Valladolid de 1544 y 1555 y en otras várias, pidió con empeño decidido y constancia inquebrantable su cumplimiento, hasta que, en fin, Felipe II, en 1567, dió fuerza y vigor á la *Nueva Recopilacion*, que habia comenzado á redactarse en 1544 próximamente.

11. Para redactar este código fueron nombrados el Dr. Lopez Alcocer primero, despues Guevara y Escudero, ambos en tiempo de Cárlos V; el licenciado Arrieta, que adelantó mucho los trabajos en tiempo de Felipe II, y por su muerte el Dr. Bartolomé Atienza, que la terminó en 1562.

12. En la Real cédula que va al frente de la obra dándole fuerza y autoridad legal, se manifiestan los motivos que tuvo el Rey para publicarla, que no son otros que los que hemos apuntado en párrafos anteriores; pero tampoco con la promulgacion de este código se consiguieron los fines apetecidos ni se remediaron los males sentidos por la nacion. Ésta deseaba un *código único*, metódico, sencillo, derogatorio de todos los demas, y ni por el método, ni por la sencillez, ni por la claridad ni exactitud en trascribir las leyes, brilla la RECOPILACION.

13. Divídese en nueve libros, subdivididos en títulos, y éstos en leyes de muy distintos tiempos, caractéres y estilos, contradictorias á veces, y á veces inaplicables.

14. Ha sido comentada por muchos jurisconsultos, entre los que se cuentan Alonso de Acevedo, Andres de Angulo, Lopez de Avendaño, Gonzalez de Salcedo, Alfonso de Narbona, Carrasco del Saz, Matienzo y otros; muy pronto verémos que la *Recopilacion* no produjo ninguno de los resultados que se deseaban y que esperaba Felipe II al mandarla compilar.

15. Como consecuencia del poder omnímodo y absoluto que desde Cárlos I ejercen los reyes de España es, como hemos indicado, que las CÓRTES, ese elemento poderosísimo de libertad é independencia para el pueblo, pierdan su importancia; las últimas á que concurrió la Nobleza y el Clero fueron las de Toro de 1538, y aunque se celebraron despues, y el estado llano, único que venía representado por los procuradores de las ciudades y villas con

voto en Córtes, tuvo energía suficiente para oponerse á los deseos y peticiones de monarcas tan poderosos como Cárlos V y Felipe II, fué decreciendo su importancia, y ya al advenimiento de la casa de Borbon quedan reducidas á una fórmula y á un recuerdo histórico.

16. LAS AUDIENCIAS, que los Reyes Católicos habian reglamentado creando la de Valladolid y Ciudad-Real, trasladada á Granada en 1505, se aumentan, si bien quedando estas dos como las principales con el nombre de Chancillerías.

17. EL CONSEJO REAL, reglamentado tambien por los Reyes Católicos, se compuso sólo de letrados desde Felipe II, que creó ademas para la administracion de sus vastos dominios, Consejos particulares, como los de Indias, de la Guerra, de la Inquisicion, y otros.

18. Durante este período se dieron, aunque pocas, algunas leyes importantes, tales como las que dieron y confirmaron Cárlos I, Felipe II y Felipe IV, estableciendo la tasa para las dotes y arras; las de Cárlos I y Felipe II fijando la prescripcion de tres años á los honorarios de abogados y procuradores, salarios de los sirvientes y trabajos de los artesanos, la de creacion de los registros de hipotecas hecha por Cárlos I y Felipe II; las de incompatibilidad de mayorazgos de Cárlos I y Felipe III; las de Felipe IV concediendo el derecho á la administracion de bienes al marido que cumplia los diez y ocho años; las del mismo Monarca mandando usar papel sellado en las escrituras públicas, y otras.

19. La Monarquía habia llegado á su último grado de decadencia en tiempo de Cárlos II, y por su muerte viene á ocupar el trono de España la casa de Borbon, representada por Felipe V, y con ella comienza el segundo período de la cuarta época.

---

# LECCION XII.

**Historia del Derecho.—Segunda edad.—Segunda época.—
España unificada políticamente.—Desde
principios del siglo XVI á principios del siglo XIX.—Segundo período, desde principios del siglo XVII á principios del XIX.**

---

**SUMARIO.**

Segunda época, segundo período.—1 al 3. Rápida reseña política y social de este período.—4 al 6. Modificaciones introducidas por Felipe V en el órden de suceder á la corona, en el régimen político del Estado, en la organizacion del CONSEJO.—7 y 8. Trabajos legislativos; Fernando VI, Cárlos III.—9. AUTOS ACORDADOS.—10 al 14. NOVÍSIMA RECOPILACION, breves indicaciones acerca de este código.—15. Leyes parciales de este período.

1. SEGUNDA ÉPOCA. SEGUNDO PERÍODO. Muerto Cárlos II, y habiendo en su testamento nombrado por heredero á la corona de Castilla á Felipe de Anjou, nieto de Luis XIV de Francia, la casa de Austria, que se creia con derechos eventuales á la corona, y que queria hacerlos valer en la persona del Archiduque Cárlos, promovió la célebre guerra de sucesion, que terminó por fin con el triunfo de Felipe de Anjou y su elevacion al trono. La casa de Borbon contribuyó mucho á la unificacion política, porque terminó con la mayor parte de los fueros provinciales que mantenian la variedad.

2. Empobrecida la Monarquía por la casa de Austria, y más aún con la desastrosa guerra de sucesion, se levantó, sin embargo, de su postracion, merced á los ilustrados gobiernos de Fernando VI y Cárlos III, si bien para decaer de nuevo en los tiempos de Cárlos IV y Fernando VII.

3. Durante el reinado de la casa de Borbon el poder real se hace más absoluto, si cabe, que en la dominacion austriaca; las CÓRTES dejan de celebrarse por completo, y ni el Clero ni la Nobleza ni el Pueblo tienen la menor importancia política; el po-

der de los Concejos decae tambien, y sólo se ostenta el de los Soberanos.

4. Felipe V, en las Córtes del Retiro, cambió por completo el órden de sucesion á la corona, estableciendo la ley sálica, que fué derogada posteriormente tambien en Córtes.

5. Dió este Rey una nueva forma al CONSEJO, aumentando el número de consejeros hasta veinticuatro, estableciendo un fiscal general, dos abogados generales, dos sustitutos fiscales y cuatro secretarios; la presidencia fué suprimida. Llamóse á este arreglo *La Planta de Macanaz*, porque fué propuesto y realizado por este célebre jurisconsulto; sólo duró dos años, y se volvió á la organizacion antigua.

6. Gracias al mismo Macanaz, se observa desde los tiempos de Felipe V una tendencia al estudio del Derecho español, completamente olvidado, y sustituido por el del Derecho romano y las Decretales.

7. Don Fernando VI se rodeó de los hombres más eminentes: su ministro, el Marqués de la Ensenada, aconsejaba al Rey que se escribieran unas instituciones del Derecho español, se creára una cátedra de Derecho público y Derecho patrio, se redujeran á un volúmen los tres de que constaba la *Recopilacion*, suprimiendo las leyes derogadas, insertando otras, y encargando la formacion de este Código, que deberia llamarse FERNANDINO, á una junta de ministros del Consejo. Estos proyectos quedaron sin realizar.

8. Sin embargo del grande atraso oficial en que la ciencia del Derecho se hallaba en esta época en España, en la república de las letras comienza á iniciarse un movimiento progresivo científico, que auguraba magníficos resultados para lo porvenir. Macanaz, Mayans, Burriel, Asso, De Manuel, Lardizábal y los sabios jurisconsultos Campománes, Jovellános, Moñino y otros lo inician y sostienen. Gracias á sus esfuerzos se ampliaron los estudios de Derecho español en nuestras Universidades en 1770, y posteriormente en 1802. Bajo la paternal administracion de Cárlos III, como dice un autor de nuestros dias, progresaba el Derecho lenta pero constante y seguramente, y hubiera llegado á envidiable altura si el reinado de Cárlos IV no hubiera sido fatal para la ciencia; pues se suprimieron várias enseñanzas por temor de que fueran peligrosas, y se dió larga rienda á doctrinas que habian sido hasta entónces restringidas. Tras el glorioso reinado

de Cárlos III vino el tristísimo de Cárlos IV, y el progreso se detuvo, mejor dicho, la ciencia retrocedió no poco, á pesar de los esfuerzos de algunos eminentes jurisconsultos, entre los que se pueden señalar algunos de los indicados ya, y otros, como Sempere, Sala, Danvila y algun otro.

9. Publicóse en 1745 la *Recopilacion* aumentada con nuevos autos acordados del Consejo, pragmáticas, órdenes y decretos; en 1777 se hizo la última edicion con algunos aumentos insignificantes.

10. Encargóse á D. Manuel de Lardizábal que formase una nueva coleccion de los autos, pragmáticas y leyes publicadas desde 1745, y presentado este trabajo á una junta de tres ministros, no produjo resultado.

11. En 1796, reinando Cárlos IV, se encargó á D. Juan Reguera, propuesto por el Consejo para formar la coleccion, que ordenó en efecto, y se publicó en 1805. En esta compilacion, que se llamó Novísima Recopilacion, no sólo tienen fuerza legal las leyes de que consta, sino tambien las notas que se hallan al pié.

12. No se llenaron los deseos de la nacion con este nuevo Código que, en vez de sobreponerse á todos los demas como único, sólo significa un cuerpo de leyes nuevo que añadir á los anteriores. Muchos autores encuentran este Código lleno de inexactitudes, de anacronismos, de leyes anticuadas, y sin uso unas, y otras redundantes y supérfluas, muchas contradictorias, otras truncadas é infielmente trascritas, faltando muchas interesantes, especialmente en la parte política, y en general le censuran por falta de método y sistema.

13. Es necesario tener presente que la Novísima Recopilacion no es un Código en el sentido y acepcion que á esta palabra da la ciencia moderna, sino en el que antiguamente se tomaba, esto es, reunion en un libro de leyes dispersas y várias.

14. Para mantener viva, digámoslo así, la legislacion, y de acuerdo con el movimiento de los tiempos, se mandó que cada año se publicase un *Suplemento*, guardando el mismo órden de libros y títulos que la obra principal; sólo se ha publicado el primero, que vió la luz en Enero de 1808, y fué impreso en 1829. Pocos meses despues de formado aconteció la abdicacion de Don Cárlos IV, y estalló la guerra de la Independencia, tan gloriosa para España, y que tanta influencia ha tenido en sus destinos.

15. Aunque durante el período de la casa de Borbon, que comienza en D. Felipe V y llega hasta principios del siglo XIX, no se adelantó gran cosa en la realizacion del gran pensamiento de unificar la legislacion, diéronse algunas leyes importantes que revelan la alta inteligencia de los hombres que rodeaban el trono de los Fernandos VI y Cárlos III, siendo dignas de notarse la reduccion de los réditos de los censos y las pragmáticas sobre los duelos.

16. Mayor actividad adquirieron los trabajos legislativos en tiempos de Cárlos III y Cárlos IV, precursora sin duda alguna de la que habia de distinguir al siglo XIX. Dictó Cárlos III nuevas disposiciones generalizando y haciendo obligatoria la inscripcion en los registros de hipotecas del movimiento de la propiedad inmueble; estableció la libertad sobre arrendamientos de fincas rústicas, la necesidad en los hijos de familia de obtener el consentimiento paterno, los privilegios á los créditos de artesanos y menestrales, y en 1789, el Decreto para atajar los abusos de la amortizacion civil.

17. Del reinado de Cárlos IV son las disposiciones para reprimir los préstamos usurarios hechos á los labradores, las que establecen la libertad en las ventas de manufacturas y las reformas introducidas en la pragmática sobre consentimiento paterno en los matrimonios en los hijos de familia.

18. La tendencia á desamortizar la propiedad inmueble, constante aspiracion del pueblo español, y que habia de desarrollarse por completo, y quizás con alguna exageracion en el presente siglo, no pasó desapercibida por los hombres de gobierno del reinado que nos ocupa: notable es, por lo tanto, y bajo este aspecto, el Real Decreto de 1798 en que se mandó la venta de los bienes de hospitales, casas de misericordia, hospicios, cofradías, patronatos y otras instituciones análogas, los de 1799, 1800 y 1805 confirmatorias de aquél, y que tendian á facilitar su ejecucion, los de 1799 y las instrucciones de 1801 y 1805, cuya tendencia era favorecer la redencion de los censos perpétuos y al quitar y de las cargas enfitéuticas.

# LECCION XIII.

**Historia del Derecho. – Tercera edad.—España moderna. Siglo XIX.**

**SUMARIO.**

1 al 3. Tercera edad. España moderna. Precedentes para fijar sus caractéres.—4 Estado político y social de España al comenzar el siglo XIX.—5. Movimiento político de 1812.—6. Movimiento legal en tiempo de Fernando VII.—7 y 8. Guerra civil, sus efectos.—9. Unidad política.—10. Unidad legal.—11. Fuentes del Derecho. — 12. CÓDIGO DE COMERCIO Y LEY DE ENJUICIAMIENTO MERCANTIL.—13. CÓDIGO PENAL.—14. Proyecto de CÓDIGO CIVIL.—15. LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. — 16. HIPOTECARIA. — 17. DE AGUAS. — 18 y 19. Efectos de las nuevas leyes que hemos indicado.—20. COLECCION LEGISLATIVA.

1. TERCERA EDAD. ESPAÑA MODERNA. El siglo XVIII habia sido un siglo de inmensa elaboracion científica y de una actividad tremenda y portentosa, aunque de cierto modo velada en el misterio; las iniquidades que un siglo y otro siglo habian aglomerado, los sufrimientos de cien y cien generaciones, las lágrimas, los dolores, los tormentos por que habia pasado la humanidad desde la caida del coloso romano, las exageraciones del feudalismo, todos estos elementos reunidos en tremenda ebullicion estallaron al fin en Francia, como el cráter de un inmenso volcan, que arrojando á las nubes la cúspide de la montaña donde brota, esparce luégo su ardiente lava por dilatadas comarcas. El pueblo comprimido y aherrojado se desborda, y Francia, á pesar de las terribles exageraciones que traen siempre consigo los movimientos revolucionarios, abre anchos horizontes á la ciencia, á la civilizacion, á la justicia y al Derecho. Parecia que predominando la fuerza especialmente en aquella triste época que se llamó del terror, no podia producirse nada que fuese á la fuerza contrario, y sin embargo, en esos mismos momentos, el Derecho y la justicia se reconocen y

aceptan como la base y sólido cimiento de la vida política, civil y social del hombre, y los Derechos absolutos y primarios, que ántes sólo eran patrimonio de los señores, se declaran inherentes y necesarios á la especie humana, y no Derechos exclusivos de una raza privilegiada.

2. Este grandioso progreso humanitario, iniciado en Francia, debia hallar su realizacion y complemento en el mundo entero, y tal vez como medio providencial de conseguirlo en poco tiempo, la Francia del 93 es guerrera é invasora, y cual la antigua señora del mundo, pasea sus legiones victoriosas por toda Europa, y con ellas difunde la nueva idea, que va á germinar hasta en las seculares y grandiosas pirámides de Egipto. Empero áun no estaban los pueblos preparados para el triunfo completo de la nueva doctrina, ni ésta depurada de los vicios que á aquella época y á Francia aquejaban, y al invadir el coloso frances á España, donde deja tambien la semilla, parece como que ha terminado su triunfal carrera, y España, la empobrecida, la olvidada España, sin soldados, sin dinero, sin armas, halla en su valor y en su fe y decision profundas armas y dinero y soldados, y vence al capitan del siglo, y hace saltar su carro de triunfo en mil pedazos.

3. Pero la semilla estaba echada; los sentimientos innatos en los españoles de libertad é independencia, los recuerdos de lo que fueron allá cuando hacian jurar á sus reyes que guardarian los fueros y se imponian á los grandes, reviven con fuerza extraordinaria al choque eléctrico de la invasion francesa, y si al pronto se manifiestan en ódio al invasor, y sólo como sentimiento de independencia, más tarde ostentan un nuevo carácter, el de la libertad y el derecho. Verdad es que aquellos sentimientos, aquellas ideas jamas se habian borrado por completo, y constantemente existieron hombres que las conservaron vivas y, aunque ocultamente, las rendian culto y preparaban su triunfo; los Jovellános, Floridablancas, Arandas, Campománes y otros son de ello buena prueba, pero sus trabajos indirectos y velados sólo podian llegar á los hombres de alta ciencia que los rodeaban; por eso las primeras Córtes celebradas en Cádiz en 1812 fueron la admiracion de toda Europa, inclusa Inglaterra misma, donde el parlamentarismo era ya antiguo y arraigado. Verdad es tambien que nunca el despotismo de los reyes de España pudo compararse con el de los reyes y señores feudales de Francia y de otros países, y

que quizás la misma preponderancia del clero fué causa de que el talento se sobrepusiera al nacimiento y á las riquezas, y la libertad y la igualdad existieran siempre en España.

4. Pero tambien es cierto que desde ese momento el estado polítitico y social de España cambia por completo, la MONARQUÍA deja de ser absoluta, el pueblò se eleva de nuevo al alto puesto de legislador, pero sólo, sin que el *Clero* ni la *Nobleza* como cuerpos intervengan: de cierto modo se vuelve á nuestras primitivas leyes y antiguos usos, y la *desamortizacion* viene á cambiar tambien la faz económica del país: verdad es que más de una vez los reyes tratan de absorber de nuevo el poder perdido; pero esto, que da lugar á revoluciones y sacudimientos, sólo sirve para detener algo el movimiento de progreso iniciado, no para destruirlo.

5. Las Córtes de 1812 publicaron el Código político que se conoce con el nombre de CONSTITUCION de la monarquía, y dieron leyes políticas y civiles de grandísima importancia, que constan en la *Coleccion de los decretos y órdenes de las Córtes;* tanto esta *Coleccion* como la legislacion que en ella se encierra y el CÓDIGO POLÍTICO que le sirvió de base quedaron anulados, unos en parte y otros totalmente, por la reaccion de 1814, volviendo á adquirir fuerza en 1820, para perderla de nuevo en 1823, si bien esta segunda época constitucional produjo ademas el *Código penal*, publicado en 1822 y derogado en 1823, y las *Leyes de extincion de las vinculaciones civiles y desamortizacion eclesiástica*, que sufrieron igualmente la anulacion en 1823 y es que áun la nacion no se hallaba preparada para reconquistar los antiguos usos, costumbres y derechos que perdió en tiempo de la dominacion austriaca, y que las ideas de libertad y de intervencion directa en la gobernacion del estado sólo se albergaban en las clases más instruidas.

6. Pero por más celoso que Fernando VII fuera de su poder absoluto, y por más enemigo que aparezca de todo lo que era progreso y libertad, no pudo separarse por completo de su época, y en 1829 publica el CÓDIGO DE COMERCIO, y en 1830 la LEY DE ENJUICIAMIENTO MERCANTIL, encargando en 1829 á una comision que redactase un Código penal, trabajo que no se llegó á publicar. Finalmente, se coleccionaron y publicaron los decretos, reales órdenes y demas disposiciones legales, cuya publicacion no se ha interrumpido.

7. Muerto Fernando VII, una guerra civil terrible y desastrosa, guerra de ideas, de principios, no de personas, hace correr á raudales la sangre española por toda la Península y termina en Vergara con el triunfo del sistema representativo. Durante los siete años de guerra civil, España se constituye como nacion libre y constitucional, y se dictan leyes importantes y se vuelve á dar vigor á las de las anteriores épocas de libertad. Poco práctico, sin embargo, se realiza en el terreno del Derecho general, hasta que la Comision de Códigos presentó el proyecto de Código penal, que fué discutido y sancionado y publicado en 1848.

8. Con la publicacion del Código penal parece que se rompe el dique que contenia la necesidad de organizar científicamente nuestro Derecho, y en todas sus ramas se manifiesta un movimiento sorprendente de progreso.

Necesario es tener en cuenta que la ciencia se habia extendido con rapidez y fuerza extraordinaria, y que todo el movimiento legislativo y codificador del siglo XIX desde el año 20, con especialidad está dirigido científicamente, así que podemos observar que ya no se publican códigos como las Partidas ó las Recopilaciones, en que todos los ramos del Derecho están mezclados y confundidos, sino compilaciones especiales para cada una de las partes en que el Derecho científicamente se divide.

9. DERECHO POLÍTICO. *El Estatuto Real*, promulgado en 1834, fué el primer paso que despues de muerto Fernando VII se dió en la vía del sistema constitucional; quizá sus autores creyeron que no estaba la nacion bastante preparada para una Constitucion más democrática; en 1833 se restableció la Constitucion del 12, que fué muy pronto sustituida por la jurada en 1837, á la que siguió otra ménos popular, dada en 1845; discutióse otra en 1854 á 1856, que no llegó á ser ley; adicionóse en 1857 la del 45, y se anuló la adicion en 1864; en 1869 se formó otra más popular y democrática que todas las anteriores, y al advenimiento de Don Alfonso XII la que hoy nos rige.

10. A la unificacion puramente política de la segunda época, representada por la *monarquía*, ha sustituido la unificacion político-administrativa, representada por la *ley* y que traerá en pos la unidad de Derecho, bastante adelantada ya, como verémos: pero que ha de tardar aún mucho tiempo en realizarse por completo, con especialidad en lo que concierne al Derecho civil. El

principio constitucional de que todos los españoles están obligados á defender la patria con las armas y contribuir al Estado en proporcion de sus haberes ha terminado con los privilegios de clase, de pueblo y provincia, si se exceptúan en lo político y administrativo Navarra y las Provincias Vascongadas, que tambien despues de la última guerra civil de Derecho, al ménos han perdido sus fueros en todo lo que á la parte política y administrativa concierne, y en lo civil, éstas y Aragon, Valencia y Cataluña. Merced á esta igualdad, los gobiernos han podido ejercer una centralizacion á las veces perjudicial y absurda, pero que sin embargo contribuye poderosamente á la unificacion legal, aspiracion constante y necesaria de toda la nacion.

11. Así, pues, las fuentes del Derecho en la edad moderna puede decirse que son: la *Coleccion legislativa*, el *Código de Comercio*, la *Ley de Enjuiciamiento mercantil*, el *Código penal*, la *Ley de Enjuiciamiento civil*, la *Hipotecaria* y la *de Aguas*, y otras especiales de las que á su tiempo nos ocuparemos.

12. Código de Comercio. Uno de los países donde la contratacion y el comercio tuvieron más importancia desde la Edad Media, fué España; sus puertos del Mediterráneo, especialmente Barcelona, no sólo son notables por su extenso y activo comercio, sino por el derecho mercantil consuetudinario que regía en las transacciones comerciales, anterior y más perfecto que el de Oleron, Génova, Pisa y ciudades anseáticas, que más de una vez acuden en consulta á los *prohombres* barceloneses en las cuestiones mercantiles más árduas y difíceles, y reciben de ellos soluciones de altísima importancia que forman Derecho: el descubrimiento de las Américas y nuestra dominacion en Alemania é Italia, haciendo de España la nacion que despues de Roma ha tenido más extension en el mundo, y más dilatadas costas ha poseido, le dan más amplitud, y si bien por causas de todos conocidas decae en los últimos tiempos, y puede considerarse sólo como comercio de comision, todavía es importante. Comprendió Fernando VII la necesidad de unificar y ordenar la legislacion mercantil, y, como hemos dicho, en 1829 promulgó el *Código de Comercio*, que sustituyó á las costumbres y Ordenanzas particulares, en especial á las de Bilbao por que se regía nuestro comercio. El código que nos ocupa dista mucho de ser una obra perfecta, pero es indudablemente un gran paso de progreso legislativo,

sobre todo porque sigue la senda trazada por los autores del *Código penal*, esto es, la division y clasificacion de las distintas clases en que la ciencia del Derecho se divide. Destinado á regular una materia especialísima, aunque emanada del Derecho civil, contratos especiales tambien que tanto en su forma como en su ejecucion se apartan por completo de la contratacion general, necesitaba tambien reglas de ejecucion singulares, y por eso, sintiéndose muy pronto esta necesidad, no siendo nuestro enjuiciamiento conforme con los adelantos científicos de la época, y por lo tanto, con las prescripciones de la nueva ley, fué necesario formar, como se formó y promulgó en 1830, la LEY DE ENJUICIAMIENTO MERCANTIL, arreglada á las prescripciones de la ciencia y acorde con la manera de ser del Derecho procesal moderno; más tarde se refundió en la Ley de enjuiciamiento civil, y se trabaja hoy en la redaccion de un nuevo Código mercantil, por cierto que la Comision de ello encargada, quizás por causas ajenas á su voluntad, no ha adelantado un paso, ni dado pruebas de la actividad y del celo que fueran de desear.

En 1843 el Gobierno provisional nombró una Comision especialmente encargada de reformar toda nuestra legislacion de una manera armónica, general y conforme con los adelantos de la ciencia. Esta Comision, despues de maduro exámen y discusion detenida, redactó unas bases para que sirviesen de punto de partida á sus trabajos y que reproducimos porque son dignas del saber de los eminentes jurisconsultos que componian la comision, que ha sido várias veces reconstituida y reformada, pero siempre con acierto por parte de los gobiernos.

13. El proyecto de CÓDIGO PENAL, mandado formular en 1829, que se formó realmente por dos comisiones de magistrados, y se presentó al Estamento de Proceres, no se discutió ni se publicó, ni por tanto debe ocuparnos; en 1848, como hemos dicho, se publicó el CÓDIGO PENAL, primero y apreciabilísimo trabajo de la Comision de Códigos, que habia sido aprobado por las Córtes en 1847 y que venía preparando la Comision de Códigos desde 1843, notable por más de un concepto, y perfectamente de acuerdo con todos los progresos y adelantos de la ciencia del Derecho en general, y de la del Derecho penal en particular, y que reformado en 1850 y 1869, nos rige hoy, si bien se está estudiando una nueva reforma, que es posible se presente á las Cór-

tes muy en breve. La demasiada extension que hemos dado ya á estos trabajos históricos, y el estudiarse hoy detenidamente todos y cada uno de los ramos particulares del Derecho, nos hace ser muy concisos en el exámen de los códigos modernos, con tanta más razon cuanto que, deslindadas perfectamente cuantas ramas componen el Derecho en general, cada una de ellas es objeto de un estudio especialísimo, tanto en nuestras Universidades, como entre los hombres que á esta ciencia se dedican. No podemos, sin embargo, ménos de decir que bajo el punto de vista científico, el Código en general y el primer libro en especial, son de relevante mérito, si bien en la parte de penas hay muchas inaplicables, porque era necesario que con la ley se hubiesen modificado nuestros establecimientos penales.

14. Código civil. No se ocultaba á la Comision de Códigos la necesidad de reformar, ordenar y concretar nuestro Derecho civil, pero tampoco desconocia las inmensas dificultades de la empresa; luchábase, en primer lugar, con el gran número de Códigos de diferentes épocas y caractéres, todos vigentes en parte y todos en parte derogados por leyes posteriores, por la costumbre ó por los tiempos, que hacian muchas de las disposiciones en ellos contenidas inaplicables; en segundo, con la inmensidad de leyes, pragmáticas, decretos, disposiciones reglamentarias é interpretativas, que sin órden ni concierto existen en los tomos de Decretos y coleccion legislativa, muchas de ellas que ni han merecido los honores de la publicidad, y en tercer lugar, con la existencia de los fueros provinciales de que hemos hecho mérito, vigentes y arraigados en la costumbre de los pueblos; así, pues, formuló el proyecto de Código, y contentóse con publicarlo para hacerlo pasar por el crisol de la pública controversia, que por cierto, si bien á raíz de su publicacion produjo obras tan apreciables y de tanto mérito como los comentarios del Sr. García Goyena, parece que hoy se ha olvidado por completo, sin que hasta ahora se haya hecho más; de este proyecto sólo podemos decir que sus autores tuvieron en cuenta el estado actual de la ciencia, sin apartarse de nuestro arraigado y secular Derecho. Terminado el proyecto en 1851, la Comision de Códigos se dirigió al Gobierno manifestándole que la obra que hemos indicado del Sr. García Goyena, era casi auténtica, porque se habia formado prévia discusion y aprobaccion de la seccion encargada.

15. LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. Producto, como los Códigos anteriores, de la Comision mencionada, ha organizado el procedimiento civil, que sólo existia en la práctica, y se ha sabido adunar en ella la ciencia con la historia y manera de ser de nuestro país.

16. LA LEY HIPOTECARIA, no sólo ha cambiado por completo nuestro antiguo y fatal sistema de hipotecas, sino que ha introducido profundas modificaciones en la manera de ser de la propiedad española, ya muy modificada por las leyes desamortizadoras, y en nuestro Derecho civil, que indirectamente ha sufrido la influencia de ésta, de la de *Enjuiciamiento*, de la de *Aguas*, *Caza*, *Propiedad literaria* y de otras no ménos importantes.

17. LA LEY DE AGUAS es tambien un Código digno de loa, no sólo porque ha reglamentado y esclarecido una materia muy importante hoy, y que era desconocida por nuestras antiguas leyes, sino por las innovaciones que tambien ha introducido en nuestro Derecho civil.

18. Todos estos Códigos, todas estas leyes, que casi puede decirse han abrazado el Derecho en sus diferentes ramas y manifestaciones, son generales y rigen en toda la Monarquía; muchas de ellas, con ligeras variantes, rigen tambien en nuestras provincias de Ultramar, y nos han llevado insensiblemente casi á realizar el gran pensamiento de la UNIFICACION LEGAL: tan sólo falta para conseguirlo del todo, como ya hemos indicado, un Código civil, y es de esperar que no pase mucho tiempo sin que, vencidas las dificultades que á su formacion se oponen, aparezca, y nuestra legislacion salga para siempre del cáos de variedad inarmónica en que se halla aún. Por eso hemos dicho repetidas veces que en el terreno del Derecho habiamos entrado ya en la tercera edad, esto es, en la de la unidad, nacida de la variedad armonizada.

19. Nos hemos ocupado del movimiento progresivo del Derecho en la quinta época, tan rápidamente como conviene hacerlo de acontecimientos contemporáneos, en que vale más apuntar hechos que fijar opiniones, que pueden ser hijas de un criterio apasionado; para terminar, dirémos que realizada en 1868 una nueva revolucion, que derrocó la dinastía entónces reinante, el período revolucionario se ha marcado por importantísimas disposiciones legales, como las leyes del *Registro y Matrimonio civil*, la de *Libertad de conciencia*, *Organizacion del poder judicial*,

*Unificacion de fueros* y *Casacion criminal*, que pueden traer gravísimas consecuencias y modificaciones en nuestro Derecho. De muchas de ellas tendrémos que ocuparnos en las Instituciones.

20. Al advenimiento de la Monarquía de D. Alfonso se han dictado nuevas é importantes leyes, que tendrémos lugar de analizar en el cuerpo de esta obra. Finalmente, los Recursos de casacion, en los que el Tribunal Supremo de Justicia, único interpretador autorizado de las leyes, y las decisiones del Consejo de Estado, fijan la manera de entenderlas y las explica en casos dudosos, siendo hoy la primera una nueva y copiosísima fuente del Derecho español, que desde 1846 forma parte de la COLECCION LEGISLATIVA, bajo el título de *Jurisprudencia civil y administrativa* cuando á la Administracion se refiere.

---

# LECCION XIV.

**Historia del Derecho.—Tercera edad.—España moderna. Siglo XIX. — Conclusion.**

---

**SUMARIO.**

1 y 2. Tercera edad. Conclusion. Reformas principales realizadas en el Derecho. Aplicacion de los Derechos de libertad é igualdad á la propiedad inmueble.—3. De la Nobleza.—4. Del Clero.—5. Los municipios.—6. El Real patrimonio.—7. La Ley hipotecaria.—8. Valor legal de los Códigos. Órden de prelacion.—9. *Coleccion legislativa.*—10. *Suplemento á la Novísima Recopilacion.*—11. *Novísima Recopilacion.*—12. *Recopilacion y Ordenanzas Reales de Castilla.*—13. *Fuero Juzgo, Real y Municipales.*—14. *Las Partidas.*

1. TERCERA EDAD. ESPAÑA MODERNA. Réstanos, para terminar los apuntes históricos relativos á nuestro Derecho, de que nos venimos ocupando, hacer una ligerísima reseña del estado social de España en el siglo presente. Hemos visto en las lecciones anteriores de qué manera en la *cuarta época* el poder real, absorbente y poderoso, se hace el único y exclusivo poder del Estado, quedando la *Nobleza* reducida á una clase honorífica, que vivia de un pasado glorioso; el *Pueblo*, sin Derechos, sometido en absoluto al Monarca, y el *Clero*, luchando por dominar, y dominando más ó ménos extensamente, á proporcion que los reyes eran más ó ménos celosos de su autoridad. Tambien hemos indicado que la primera y la última de las tres clases que un dia fueron los tres brazos del Estado, mediante una absurda y tristísima amortizacion, habian conseguido ligar casi toda la propiedad española, cuyas dos terceras partes por lo ménos estaban en poder de *manos muertas*, con grave perjuicio de la agricultura, de la industria y del comercio. En este siglo cambian por completo las condiciones sociales de la nacion, y muy especialmente las de la propiedad inmueble.

2. De la misma manera que los grandes principios de *libertad*

*é igualdad* se habian aplicado á los hombres y á los pueblos, dando así un gran paso de progreso hácia la perfeccion y la unidad legal, se aplicaron á la propiedad, haciéndola *libre*, *igual*, y *una* por lo tanto, en su esencia y áun en sus formas y accidentes, tal vez se haya ido demasiado léjos, mejor dicho, tal vez al organizar de nuevo la propiedad en España, cediendo quizá á la presion de las circunstancias, se ha prescindido de las formas y caractéres especialísimos de nuestra propiedad, quizás debiera haberse tratado de conocerla más á fondo y más detalladamente, haberse tenido más en cuenta nuestro pasado y nuestra historia, conocimientos que indudablemente hubieran hecho más beneficiosa la desamortizacion; pero estas faltas son muy disculpables en los momentos en que pensar en ella sólo, no ya realizarla, fué heroismo.

3. Como hemos dicho, la *Nobleza* no era ya á los principios del siglo presente más que un glorioso recuerdo histórico; habia desconocido el gran principio de que sólo la ciencia da el poder; su ignorancia y la inercia que ella engendra se lo habian arrancado de las manos para arrojarlo en las del pueblo, que se ilustraba y se instruia; inútil, pues, para tener como clase el gobierno del Estado, no tenía razon de ser, y debia desaparecer: la *Ley de señoríos*, y la de *desamortizacion*, que terminaron con los mayorazgos y descentralizaron la riqueza aglomerada en la *Nobleza*, le dieron el golpe de gracia. La última ley, que honrará siempre á las Córtes que la decretaron, no produjo efectos sensibles, porque la reaccion del año ventitres la anuló; pero, restablecida en 1836 y perfeccionada en 1841, puede decirse que ha hecho ya de los mayorazgos y vinculaciones civiles una institucion puramente histórica.

4. El *Clero* habia incurrido en el mismo grave pecado que la Nobleza; creyó que bastaba ser rico para dominar; se opuso con fuerza extraordinaria á la marcha progresiva de los tiempos, y el progreso en su veloz y potentísima carrera pasó sobre él y sobre su riqueza, y le arrancó para siempre la dominacion material; las antiguas leyes de Castilla puede decirse que resucitan, la desamortizacion alcanza á la Iglesia, cuyos bienes, declarados propiedad de la nacion, se venden y entran en la libre circulacion.

5. Los *Municipios*, cuyo carácter varía esencialmente, pierden tambien su propiedad inmueble amortizada, que se hace libre, y

parte de ella se sustituye por papel de la deuda; tal vez esta desamortizacion debió pensarse y estudiarse algo más, y ser objeto de más especiales disposiciones.

6. La *Corona* tuvo que seguir la corriente innovadora y progresiva del siglo, y los bienes del Real Patrimonio pasaron tambien á ser propiedad de la nacion, perdiendo su carácter vincular y haciéndose libres.

7. La *Ley hipotecaria*, en fin, vino á introducir variaciones profundas en la propiedad y en la familia, que serán objeto de nuestro estudio en sus lugares respectivos.

8. En el proceso histórico de estas lecciones hemos visto que pocas naciones poseen mayor número de códigos y leyes, ni más apreciables, que España; parecia natural que siguiendo la ley lógica y científica que preside en la materia, los últimos códigos, derogando á los anteriores, los hubieran dejado reducidos sólo á monumentos históricos; no ha sido así, y como deciamos en nuestra introduccion, áun se juzga en lo civil por las PARTIDAS, por el FUERO JUZGO y por la NOVÍSIMA RECOPILACION. Pudiéndose considerar como códigos exclusivos, derogatorios de todas las leyes anteriores, sólo el CÓDIGO DE COMERCIO, el PENAL, las LEYES DE ENJUICIAMIENTO CIVIL y MERCANTIL y la HIPOTECARIA. Por lo tanto, y para terminar, fijarémos el órden de prelacion de nuestros códigos, que, segun la ley 3.ª, tít. II, lib. III de la NOVÍSIMA RECOPILACION, es el siguiente:

9. En *primer lugar*, la COLECCION LEGISLATIVA, teniendo presente que las disposiciones más modernas derogan á las más antiguas.

10. *Segundo*. SUPLEMENTO Á LA NOVÍSIMA RECOPILACION; tambien en las leyes de que consta, si existe desacuerdo, la posterior deroga á la anterior.

11. *Tercero*. NOVÍSIMA RECOPILACION, con las mismas condiciones que el *Suplemento*.

12. *Cuarto*. LEYES Y DISPOSICIONES DE LA RECOPILACION y ORDENANZAS REALES DE CASTILLA; pues así está prevenido por la NOVÍSIMA RECOPILACION.

13. *Quinto*. EL FUERO JUZGO, segun declaracion del Consejo de Castilla en 1788, EL RÉAL y los MUNICIPALES en cuanto sean guardados y observados.

14. *Sexto*. LAS PARTIDAS, que se consideran sólo como código

supletorio, si bien en la práctica se le mira como muy principal, y se consulta con antelacion á todos ménos á la *Coleccion legislativa* y á los *Suplementos á la Novísima.* Téngase entendido, repetimos, que este órden de prelacion sólo se refiere al Derecho civil, y que varía en las provincias donde hay aún FUEROS PROVINCIALES, porque entónces éstos ocupan el primer lugar, excepto cuando se trata de las leyes y códigos generales de que hemos hablado al final del párrafo 8.º de esta leccion.

15. Hemos terminado la reseña histórica de nuestro Derecho, que nos demuestra el desenvolvimiento que la ciencia de las leyes ha tenido en España, y que despues de atravesar laboriosamente los dos períodos de unidad embrional y de variedad, ha entrado en el tercero de unidad armónica. ¡Ojalá que muy en breve la realice!

---

# INSTITUCIONES

DEL

# DERECHO CIVIL ESPAÑOL COMUN Y FORAL.

## LECCION PRIMERA.

### Nociones preliminares al estudio del Derecho civil español.

**SUMARIO.**

1 y 2. DERECHO CIVIL; su definicion.—3. Explicacion.—4. Sujeto y objeto del Derecho civil.—5. Divisiones.—6. 1.ª Por su *objeto*, subdivision, *personas*, *cosas*, *hechos jurídicos*.—7. 2.ª Por su *naturaleza*.—8. *Derecho real*, explicacion.—9. *Personal*.—10. *Trasmisible*.—11. *Intrasmisible*.—12. *Originario*.—13. *Derivativo*.—14. Por razon del lugar *comun* y *foral*.—DERECHO COMUN. 15. Transicion del Derecho *natural* al *positivo*: la *ley*.—16. Definicion de la LEY.—17. Sus *caractères*.—18. 1.º *Racional*.—19. 2.º *Obligatoria*.—20. 3.º *General*.—21. La *estabilidad*.—22. *Elementos* de la *Ley*.—23. 1.º *Formacion* de la ley.—24. Reales decretos.—25. Reales órdenes.—26. 2.º *Promulgacion*.—27 y 28. 3.º *Dispensa*.—29. 4.º *Interpretacion*, sus clases.—30. *Nueva especie de interpretacion*.—31. Sus *reglas*.—32. 5.º *Abrogacion* y *derogacion*.—DERECHO FORAL. 33. NAVARRA.—34. ARAGON.

1. En los prolegómenos con que encabezamos estas lecciones hemos dicho qué cosa se entiende por Derecho en general, cuáles sean sus divisiones, y cómo, formando parte de una de ellas, se encuentra el *Derecho civil:* allí tambien fijamos, aunque ligeramente, su importancia. Tócanos ahora entrar de lleno en su estudio.

2. DERECHO CIVIL: puede definirse *la reunion de condiciones* (leyes positivas) *que proporcionan al hombre los medios de reali-*

*zar su actividad individual y cumplir los diversos fines parciales de la vida de relacion externa y privada* (1).

3. Dedúcese de la definicion que el *Derecho civil* da al hombre condiciones para que en su vida individual y privada realice todos sus destinos parciales, ó lo que es lo mismo, fija y declara todos los *Derechos* y *obligaciones* que de la vida privada y de relacion pueden surgir, los ordena y regula, así como ordena y regula los hechos que dan orígen á esos derechos y obligaciones; en una palabra, la facultad de obrar del hombre dentro de la esfera singular y privada de la vida. Entiéndase que hablamos del *Derecho civil*, del *Derecho positivo*, el cual, una vez consagrado por la LEY, no puede ser objeto de la apreciacion particular en cuanto á su ejecucion, porque creando, al par que el derecho de uno, la obligacion correlativa de otro, la regla de controversia, la LEY, es general y obligatoria; si uno la viola, puede ser compelido á cumplirla por el poder público. Por esta razon la LEY crea multitud de derechos que no se derivan directa é inmediatamente del derecho natural, pero que tampoco pueden estar en contradiccion con sus principios absolutos y de conocimiento, y que serán obligatorios y perfectos, esto es, exigibles por la legislacion positiva.

4. Hemos dicho que no se puede comprender el Derecho, que es una condicion de la actividad, sin un *sujeto*, esto es, sin una existencia que obre y se agite, y sin un *objeto*, otra existencia sobre la que la accion y actividad de aquél recaiga; pero hemos dicho tambien que el hombre, único sujeto del Derecho, al mismo tiempo que se relaciona con todas las cosas que están fuera de él como *objeto* de su actividad, lo hace con el hombre en el mismo sentido; así que el hombre puede ser, al par que *sujeto* ó elemento activo del Derecho, *objeto* del mismo, ó sea elemento pasivo sobre que el Derecho y la actividad recaigan. Las *condiciones* que forman el Derecho civil tendrán necesariamente una naturaleza especial adaptada al sujeto, al objeto y á la relacion de Derecho; y en fin, realizándose en el tiempo y en el espacio, y modificadas á las veces por circunstancias y accidentes externos, estarán sometidas á la influencia del lugar.

(1) Ley 1.ª, tít. I, Part. I.—*Instituta*, § IV de *Justitia et Jure.*, y § I de *Jure naturali gentium et civili.*

5. Teniendo en cuenta lo expuesto al dividir el DERECHO CIVIL, ya por seguir á los autores y tratadistas, ya como cuestion de método para facilitar y ordenar el estudio de esta clase de leyes, tendrémos en cuenta el *objeto* del Derecho, su *naturaleza y el lugar* en que se aplica.

6. Divídese el Derecho civil por su *objeto*, segun las Institutas y el Derecho romano, en Derecho relativo á las personas, á las cosas y á las acciones, ó para seguir con más exactitud el texto romano, tres eran los objetos del Derecho, *personas, cosas* y *acciones* (1): esta misma division siguieron las *Partidas* y han aceptado nuestros tratadistas, inclusos los autores del libro didáctico más comunmente aceptado en España (2). Creemos que esta division, que nunca fué exacta, es hoy ménos aceptable todavía; en efecto, *las personas y las cosas* pueden ser realmente *objetos* del Derecho, esto es, entidades sobre las que puede recaer la accion civil del hombre; pero en este sentido jamas las *acciones* han podido formar parte de la division; verdad es que pueden ser consideradas como objetos del Derecho en el sentido de que el Derecho se ocupa de ellas; pero entónces *objeto* del Derecho sería todo aquello que el Derecho regula, la *penalidad*, la *administracion*, las *relaciones internacionales*, y tantas y tantas otras cosas como entran en su esfera. En el sentido estricto en que nosotros consideramos los *objetos* del Derecho civil, las acciones no pueden serlo: 1.º, porque sobre ellas no se ejerce directamente la accion del sujeto del Derecho; 2.º, porque las acciones tanto se aplican al Derecho civil, como al penal, como al administrativo, como á todo Derecho exigible; 3.º, porque las acciones son medios de obrar; esto es, medios legales de que el *sujeto del Derecho* dispone para un *fin*, que no es otro que realizar el *objetivo* del Derecho; pero si en los antiguos códigos podia ser disculpable el que se confundiese lo que sólo es *medio de obrar* con lo que es *fin de nuestra actividad*, hoy no puede serlo, porque ni siquiera las acciones forman parte, como entónces, del DERECHO CIVIL, sino de otra rama del Derecho, separada y no ménos importante del *Derecho* de *procedimientos*. Al par que se cometia el error de considerar las *acciones* como *objetos* del Derecho, se cometia tam-

---

(1) *Instituta*, lib. I, tít. I.

(2) Gomez de la Serna, *Elementos del Derecho civil y penal*, t. I, pág. 319.

bien el de ocuparse sólo de las *personas y de las cosas*, olvidando un *objeto* importantísimo, los *hechos*, esto es, los actos humanos que dan orígen á la *obligacion* y al *Derecho* de exigirla. Nosotros, pues, pensamos que la division del DERECHO CIVIL, por razon de su *objeto*, debe ser en *Derecho de las personas*, *Derecho de las cosas* y *Derecho de los hechos ó actos jurídicos*, y ésta será la que sirva de base al método que hemos de seguir para agrupar las materias que van á ocuparnos en el estudio del *Derecho civil*.

7. Por razon de la *naturaleza*, del *Derecho civil*, puede éste ser *real*, *personal*, *trasmisible*, *intrasmisible*, *originario* y *derivativo*.

8. *Derecho real* es el que nace de un acto jurídico por el cual no está ligada singularmente ninguna persona, sino la sociedad en general, y de todos sus miembros, por lo tanto, se puede exigir que respeten su ejercicio y que coadyuven á su cumplimiento: este Derecho es absoluto.

9. *Derecho personal*, por el contrario, es el nacido de un acto jurídico que sólo liga á determinadas individualidades; el Derecho personal es relativo.

10. *Derecho trasmisible*, el que puede trasferirse; por punto general todos lo son; la trasmisibilidad es la regla constante.

11. *Derecho intrasmisible*, el que sólo puede ser ejercido por una persona: la intrasmisibilidad es la excepcion, nace de la *ley moral*, de la *ley positiva* ó de la *voluntad del hombre*: por la *ley moral* no son trasmisibles los derechos primarios, como el de libertad; por la *ley positiva* los que sólo por una persona determinada pueden ejercerse justa ó útilmente, como la patria potestad; por la *voluntad*, los que una convencion ha hecho intrasferibles, como un crédito si se ha fijado que sólo pueda cobrarlo la persona á cuyo favor se declaró.

12. *Derechos originarios*: por Derecho civil el Derecho originario no es lo mismo que por Derecho natural; segun éste, es el que pertenece á todo hombre por sólo su cualidad de hombre; segun aquél, es el que ejercitamos por nosotros mismos, sin que al adquirirlo desnudemos de él á otra persona.

13. *Derechos derivados* son los que hemos adquirido de otro que venía disfrutándolos, y al cederlos los pierde.

14. Por razon del *lugar*, el Derecho civil español se divide en *comun* y *foral*; el primero, que es el general á toda España; el

segundo, el particular, á las provincias que áun gozan *fuero* en materia civil.

DERECHO COMUN.

14. Si el hombre fuera perfecto, y cumpliese con todos sus deberes; si cediese á la razon y no á los instintos y tendencias, le bastaria con el *Derecho natural*, y se regiria por él sin que el *Poder* tuviera que intervenir en sus actos; pero como no es así, y como el *Poder social* tiene que definir y arreglar las diferencias que entre los hombres surgen, por medio de cierta fuerza coactiva y de ciertas reglas de todos conocidas, de aquí que de las condiciones, *leyes racionales* del Derecho natural, se pase á las condiciones, *leyes* del Derecho positivo: las fuentes, pues, del Derecho positivo serán LAS LEYES, emanacion del Poder, y la COSTUMBRE, emanacion muchas veces de la razon colectiva de los pueblos: de ambas vamos á ocuparnos.

15. LEY: Montesquieu la define *las relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza de las cosas* (1). Otros dicen que son *los principios de gobierno nacidos de las condiciones especiales de cada pueblo* (2). Podemos definirla diciendo que es *la regla obligatoria, racional, emanada del poder competente, que ordena, permite ó prohibe algo que tienda á la realizacion del Derecho individual ó colectivo.*

16. Los *caractéres esenciales* de la ley serán: 1.°, que sea *racional;* 2.°, *obligatoria;* 3.°, *general.* Las leyes de Partida y las Recopiladas (3) señalan otros muchos caractéres á la ley, de que no nos ocupamos, pues están comprendidos en los tres que vamos á examinar.

17. 1.° *Racional;* esto es, la ley ha de estar íntimamente relacionada con la *razon*, mejor dicho, ha de emanar de ella, y por lo tanto ha de estar acorde con los preceptos eternos del *Derecho natural*, con la *Justicia*; si es á ellos contraria no será verdadera ley; será una aberracion del poder que la ha dictado, y desaparecerá tan pronto como la razon colectiva se ilustre.

18. 2.° *Obligatoria* (4): hemos dicho que en el terreno del De-

(1) Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. I, chap. 1.
(2) Comte, *Traité de Législation*, liv. II, chap. 2.
(3) Ley 4.ª, tít. I, Part. I. Ley 1.ª, tít. II, lib. III, *Novísima Recopilacion*.
(4) Ley 2.ª, tít. II, lib. II, *Fuero Juzgo*. Leyes 15 y 16, tít. I, Partida I.

recho positivo todo Derecho es correlativo de una obligacion que es necesario realizar para que aquél se realice tambien, y que las leyes son precisamente las reglas, en virtud de las que se impele al hombre á que cumpla sus obligaciones y realice sus Derechos en interes propio y de la colectividad : si las leyes no fueran obligatorias, el hombre cumpliria ó no cumpliria las obligaciones, realizaria ó no los Derechos segun su voluntad, y sería árbitro de los intereses generales y de los individuales.

19. 3.° *General.* Las leyes se hacen para la sociedad en general, y en general tambien para todos los actos, pues como la base de una sociedad es la igualdad entre los asociados, las reglas de conducta, las leyes que los rijan deben ser iguales para todos, y para todos igualmente obligatorias, lo que no podria suceder si para cada individuo ó para cada acto rigiese una disposicion legal. La generalidad en la ley es, pues, la fuente de la igualdad de Derecho, de la igualdad social (1).

20. La *Estabilidad* de las leyes no es un requisito esencial; el Derecho positivo es movible y progresivo, y la ley, movible y progresiva ha de ser tambien : si la ley reune los tres caractéres esenciales que le hemos señalado, será estable, porque faltará la razon para modificarla. Aunque de carácter secundario, la estabilidad está recomendada por nuestras leyes, que, sin embargo, no le dan un carácter esencial, y reconocen que las leyes pueden ser derogadas ó modificadas (2).

21. Considerada la ley como regla del Derecho positivo, y fijados ya sus caractéres, debemos ocuparnos :

1.° De su formacion.
2.° De su promulgacion.
3.° De las dispensas de ley.
4.° De su interpretacion.
5.° De la abrogacion y derogacion.
6.° De sus efectos en el tiempo.
7.° De sus efectos en el espacio ó de su círculo de accion.
8.° De su estilo.

22. 1.° Formacion de la ley.—La facultad de hacer las leyes

(1) Regla 36, tít. XXXIV, Partida VII. Ley 4.ª, tít. II, lib. III, *Novísima Recopilacion.*

(2) Leyes 17 y 18, tít. I, Partida I. Regla 34, Partida VII. Ley 9.ª, tít. II, libro III, *Novísima Recopilacion.*

ha residido en España en el Rey, toda vez que, áun en la época de mayor apogeo de las Córtes, éstas sólo presentaban Peticiones, que el Rey aprobaba ó no, segun su voluntad (1). Cambiada la forma de Gobierno, la facultad de hacer las leyes reside en las Córtes con el Rey (2). Aquéllas discuten y aprueban la ley, y el Monarca la sanciona si lo cree oportuno (3). Sólo el Poder legislativo que forma la ley puede corregirla, derogarla, abrogarla y dispensarla. Las leyes crean y contienen los principios fundamentales; cuando hay que reglamentar estos principios, al Poder ejecutivo, que reside en el Rey, toca hacerlo (4), ylo hace, ya por *Reales decretos*, ya por *Reales órdenes.*

23. *Reales decretos.*—Por ellos se resuelven los negocios graves, y se nombran los altos funcionarios de la Administracion; van rubricados de la Real mano, refrendados por un Ministro, sin cuyo requisito ningun funcionario público puede cumplirlos (5), y aparecen como dictados por el Rey. Pueden á veces tener carácter de leyes cuando se promulguen con la cláusula de dar cuenta á las Córtes (6).

24. *Reales órdenes.*—Son disposiciones dadas, como las anteriores, por el Poder ejecutivo, y referentes á asuntos particulares ó de importancia secundaria; se expiden por el Ministro, que las firma y habla como de órden del Rey. Ni por éstas, ni por los Reales decretos se pueden derogar las leyes (7).

25. Por *Reales decretos* ó *Reales órdenes* suelen darse los reglamentos para el cumplimiento y ejecucion de las leyes, y por punto general, prévia consulta al Consejo de Estado.

26. 2.° PROMULGACION DE LA LEY.—No basta que una ley esté formada y sancionada con arreglo al Derecho constituido, para que sea obligatoria; es necesario, ademas, que sea conocida de todos, porque no puede existir obligacion sobre lo desconocido; al *acto de dar á conocer la ley* se llama *promulgacion:* sus formas

---

(1) Leyes 12 y 14, tít. I. Partida I. Ley 2.ª, tít. I, Partida II, y ley 3.ª, tít. II, lib. III de la *Novísima Recopilacion.*

(2) Constituciones de 1812, 1837, 1845.—Constitucion de 1869, y de 1876, art. 18.

(3) Art. 34.

(4) Art. 75.

(5) Art. 87.

(6) Real decreto de 9 de Febrero de 1875.

(7) Senten. del T. S. de J. de 3 Noviembre de 1855, 29 Setiembre, 5 y 7 Octubre de 1866.

han variado mucho en España, y constituyen una cuestion de poca importancia, siempre que la ley sea de todos conocida. Actualmente corresponde al Poder-ejecutivo, que la hace en todos los pueblos (1), insertándolas en la *Gaceta de Madrid* (2), y las remite á los gobernadores civiles (ántes jefes políticos), que las hacen saber á los agentes de la Administracion por medio de los *Boletines oficiales*, y aquéllos á los pueblos por edictos, pregones ó por el medio de publicidad que crean más adecuado (3), no necesitándose que sean comunicadas por los respectivos ministerios, siempre que se hayan insertado en la *Gaceta* (4). Hecha la *promulgacion* oficialmente, obliga desde luégo en las capitales, y desde cuatro dias despues en los pueblos (5), y se presume que de todos son conocidas, y nadie puede alegar ignorancia. En España hay sólo una excepcion á las reglas que hemos enunciado, y es la ley de desvinculacion de 11 de Octubre de 1820, que empezó á regir en toda España, no desde el dia de su promulgacion, sino desde el de su fecha (6).

27. 3.° DISPENSAS DE LEY son la *excepcion concedida á alguna persona de lo generalmente ordenado en la ley.*—Por más que esté en manos de todos el solicitarlas y obtenerlas, no pueden dejar de considerarse como un privilegio, y este nombre se da á la Cédula en que se confiere.

28. Han de concederse mediante justas causas justificadas debidamente, y el pago de cierto servicio pecuniario. Llámanse *gracias al sacar*. En buena doctrina sólo al Poder legislativo corresponde concederlas; pero como esto sería embarazoso, y ademas no siempre están reunidas las Córtes, aquél delegó en el Poder ejecutivo, que es el que las concede cuando son relativas á Derechos civiles, y en los casos marcados por la ley. Estos son: 1.°, la legitimacion de los hijos naturales, segun se definen en la *Novísima* (7); 2.°, dispensa de edad para que el menor

(1) Constitucion de 1869, art. 34, 69.

(2) Reales órdenes de 22 de Setiembre de 1836 y 4 de Mayo de 1838.

(3) Ley de 3 de Febrero de 1823, art. 256.—Reales órdenes citadas de 22 de Setiembre de 1836.—4 de Mayo de 1838.—5 de Setiembre de 1848.— Ley de 25 de Setiembre de 1863, art. 10, c. II, tít. II, y ley orgánica provincial de 21 de Octubre de 1868, art. 81.—9 Marzo de 1851.

(4) Ley de 28 de Noviembre de 1837.

(5) Sentencia del Supremo, *Coleccion legislativa*, 1850, núm. 9.

(6) Ley 9.ª, tít, II, lib. III, *Nov. Recop.*—Ley de 14 y 19 de Abril de 1838.

(7) Ley 1.ª, tít. V, lib. X.

de veinticinco años administre sus bienes; 3.°, habilitacion á la viuda que pasa á segundas nupcias, para que conserve la tutela y administracion de los bienes de sus hijos.

29. 4.° INTERPRETACION.—Es *entender bien* y *derechamente la ley* (1). La ley es general, y al aplicarla á casos especiales, á los que no puede descender, ó tendrá que detenerse la accion de la justicia, ó juzgarse por analogía, modificando en la aplicacion el sentido literal (2). Divídese la interpretacion en *auténtica*, *usual* y *doctrinal*. *Auténtica* tiene lugar cuando el legislador explica ó aclara una ley; muchos la niegan, porque dicen que no pudiéndose el legislador ocupar sino de cosas generales, la nueva disposicion que dé será una verdadera ley (3). Creemos que puede, sin embargo, sostenerse esta interpretacion, porque las dudas pueden ocurrir sobre generalidades, y la nueva ley no ser derogatoria, sino interpretativa de la antigua. El carácter esencial de la interpretacion no es la singularidad. *Usual* es la que proviene de la práctica, forma jurisprudencia consuetudinaria, y viene á convertir la costumbre en ley; para los sectarios de la *Escuela Histórica* ésta es la más importante. *Doctrinal* es la que hacen los autores jurisconsultos, y ésta es una de sus más altas misiones.

30. Existe hoy una especie singularísima de interpretacion, que es la que hace el Tribunal Supremo, como superior jerárquico en el poder judicial civil y criminal, pues en el administrativo corresponde al Consejo de Estado; creemos que por su carácter especial bien puede referirse á la *auténtica*.

31. A las reglas de interpretacion, y á esta misma, se las designa con el nombre de *hemenéutica*; sus principios capitales son:

1.° Respeto escrupuloso á la ley, cuyo tenor literal no puede ser eludido, si es claro.

2.° Que las palabras se entiendan en su sentido propio y natural, á no estar demostrado que es otra la intencion en el legislador.

3.° Si hay ambigüedad en la ley se le dará el sentido más razonable, teniendo en cuenta el caráter de la ley, las prescripciones gramaticales, el valor de la frase y la comparacion de unas partes de la ley con otras.

---

(1) Ley 13, tít. I, Partida I.

(2) Regla 36, tít. XXXIV, Part. VII.—Art. 272 *Código penal*.

(3) La Serna, *Elementos del Derecho civil*, t. I, pág. 308, nota 3.

4.° El espíritu del legislador, deducido del estudio profundo y concienzudo de la misma ley, de la época en que se dió y de las costumbres y demas circunstancias de la misma, y causas ocasionales que pudieron darla orígen, deducidas de su preámbulo y contexto.

5.° La inteligencia que se da á la ley en la práctica.

6.° Ampliacion de todo lo favorable.

7.° Ampliacion en la ley civil de un caso igual á otro igual; esto no tiene lugar en la penal, si un caso está penado y otro no (1).

8.° Ampliacion de lo más á lo ménos en las leyes permisivas, y de lo ménos á lo más en las prohibitivas.

9.° Restriccion de todo lo odioso.

10. La analogía con otros casos expresos en las leyes.

11. La equidad, dicen algunos; pero esta palabra es muy vaga, y nos parece más exacto decir el Derecho natural.

32. 5.° ABROGACION es la *anulacion total* y *general de una ley*. DEROGACION la *anulacion parcial* ó *particular*.— Comunmente sólo se usa la palabra *derogacion* llamándola *total* ó *parcial*. Divídenla los autores en *expresa* ó *tácita;* la primera cuando una ley abroga ó deroga otra manifestándolo así; la segunda, cuando la ley derogatoria no se refiere directamente á la derogada, ó no hay disposicion expresa derogatoria, como si una ley da disposiciones contrarias á otra anterior, si cesan los motivos de una ley, ó si se establece costumbre en contrario.

## DERECHO FORAL.

33. NAVARRA.—La interpretacion está prohibida por el Rey á Peticion hecha en Córtes, y mandado que las leyes se observen á la letra; parece que esta prohibicion debe referirse á la interpretacion doctrinal (2).

34. ARAGON.—El *Fuero* rechaza la interpretacion extensiva, y previene se esté al tenor literal (3). Previene que cuando la ley sea obscura se pueda acudir á la *equidad* judicial, que consiste en volver la vista al Derecho natural; lo mismo se hará si no existe ley positiva para el caso en cuestion (4).

---

(1) *Código penal*, art. 2.°

(2) Ley 6.ª, tít. III, lib. IV de la *Novísima Recopilacion de Leyes de Navarra*.

(3) Observacion 16 *De fide instr.*, lib. II—Observacion 1.ª al Proemio.

(4) Proemio I de los Fueros, vers. *Ubi autem*.

# LECCION II.

**Instituciones.—Nociones preliminares al estudio del Derecho civil español.—Continuacion.**

**SUMARIO.**

DERECHO COMUN. 1. Esfera de accion de la ley, sus efectos con relacion al tiempo y al espacio.—2 y 3. 6.° *Efectos de la ley con relacion al tiempo;* retroactividad de la ley.—4 al 7. 7.° *Efectos de la ley en cuanto al espacio,* por razon del territorio; division del territorio español.—8 y 9. Españoles y extranjeros.—10. ESTATUTOS; su division *real, personal, formal.*—11. ESTATUTO REAL.—12. ESTATUTO PERSONAL.—13. El *formal* no existe realmente.—14. ESTATUTO FORMAL; á qué se aplica.—15. 1.° *Actos judiciales.*—16. *Sentencias criminales.*—17. *Actos de jurisdiccion voluntaria.*—18 al 20. 2.° *Actos extrajudiciales.*—20 y 21. Conclusion.—22. 8.° *Estilo de las leyes.*—23. Derecho no escrito, no sancionado.—24. COSTUMBRE. Si es necesaria dada la existencia de la ley.—25 y 26. Condiciones de la *costumbre.*—27. Sus clases.—28 y 29. Doctrina jurídica y jurisprudencia de los tribunales.—30. De la *equidad.*—DERECHO FORAL.—31. ARAGON.—32. CATALUÑA.

DERECHO COMUN.

1. *Esfera de accion de la ley; sus efectos.* Hemos dicho que la ley positiva es una regla de conducta impuesta al hombre; por lo tanto, no puede ménos de ser considerada como una restriccion de la libertad, del Derecho absoluto de obrar; así, pues, la ley no puede tener efecto para los actos que ella regula, pero que han tenido lugar ántes de su existencia. La ley positiva, ademas, se da para una nacion determinada, y sólo en ella tiene fuerza de obligar. Dedúcese de lo dicho que las leyes producirán su efecto en el tiempo y en el espacio, y por lo tanto, que con relacion á ambos deberémos estudiar estos efectos.

2. 6.° EFECTOS DE LA LEY CON RELACION AL TIEMPO: la *ley* no es, no puede ser obligatoria, sino desde el momento de su *promulgacion,* porque sólo desde ese momento es conocida, y es condicion esencial en el hombre que no pueda obligarle nada que no le sea conocido, ni restringirse su libertad respecto á los hechos

...IOTE...

que pasaron; así, pues, la *ley*, en general hablando, no puede tener *efecto retroactivo* (1). Sólo así puede el hombre tener seguridad en los Derechos y en que el legislador no se introducirá furtivamente en el seno de la familia para llevar á ella la perturbacion: esta regla, empero, no carece de excepciones; casos hay en que parece que la *ley* tiene cierto efecto retroactivo, y otros en que le tiene en realidad; en España existen ejemplos (2). La legislacion española, sin embargo, fija la *no retroactividad* como principio, y ni lo hace de las excepciones ni da medios para fijarlas; los autores han querido señalar algunas reglas para deducir cuándo podrá ó no podrá la ley tener efectos retroactivos, que es la gran dificultad de la teoría, y unos han dicho que lo tendrá en hechos próximos, y no en los remotos, quedando en pié la dificultad para señalar cuándo han de pertenecer los hechos á cada categoría, y otros que cuando sea mayor la utilidad que resulte de modificar unos actos que de conservarlos; pero jamas la utilidad podrá ser un principio de justicia.

3. Nosotros creemos que puede hacerse una distincion entre las simples esperanzas y los Derechos adquiridos, y entre el fondo y la forma: en los Derechos adquiridos, sobre todo por un tercero, y en el fondo no pueden retroagir las leyes: en las esperanzas y en las formas sí; así, por ejemplo, en virtud de una ley se ha contratado un préstamo al interes del seis por ciento, otra ley viene prohibiendo todo interes superior al tres; hay un derecho adquirido, la nueva ley no puede vulnerarlo; en este mismo ejemplo, si por la ley el acreedor tuviera derecho á pedir el reintegro ante un juez de primera instancia, tendriamos que el *fondo* ó esencia sería el contrato, la *forma* el medio de exigirlo; la ley no podria destruir el contrato, pero podria disponer que conociese de él, en vez de un juez de primera instancia, un tribunal de partido, y en este caso sería innegable el efecto retroactivo. Podemos, pues, decir que en las *Leyes civiles*, propiamente dichas, no se dará sino rara vez el efecto retroactivo; en las de *procedimientos*, siempre que no se ataque á la esencia de derechos adquiridos. En la *ley penal* (3) sólo en el caso de que se disminuya

---

(1) Ley 15, tít. XIV, Partida III.

(2) Ley 6.ª, tít. II, lib. III, y leyes 8.ª y 9.ª, tít. XV, lib. X, *Novísima Recopilacion*.—Reales decretos de 22 Enero y 9 Febrero de 1875.

(3) *Código penal*, art. 23.

la pena impuesta á un delito cometido y áun sentenciado ántes de promulgarse la nueva ley: ademas, será conveniente, áun en el caso en que la ley puede científicamente tener efecto retroactivo, fijarse en si la mente del legislador fué darle este efecto.

4. 7.° EFECTOS CON RELACION AL ESPACIO; DE SU CÍRCULO DE ACCION. La esfera de accion de la ley es el territorio de cada soberano; porque siendo emanacion de su poder y de su voluntad, no puede tener fuerza donde nada significan ese poder y esa voluntad; ésta, que es la regla general del Derecho, sufre necesariamente modificaciones en tanto cuanto los países sometidos á diferentes soberanos y los naturales de distintos países se relacionan en la esfera de accion del Derecho, y es tanto más importante estudiar esas modificaciones, cuanto las relaciones son más íntimas y continuadas; por eso en nuestros dias estas cuestiones, que se llaman de Derecho internacional privado, deben ser objeto de profundo estudio.

5. De lo dicho se deduce que deberémos estudiar las leyes y sus efectos con relacion al territorio, y como en el seno de España misma hay distintas leyes locales, tendrémos que dividir el territorio español, y ademas distinguirlo del extranjero.

6. El territorio español, para los efectos de las leyes, deberémos dividirlo en provincias sometidas á la legislacion civil comun y á la legislacion foral, y en provincias peninsulares y ultramarinas.

7. Al decir una ley del reino (1) que los efectos de la ley se extienden á todos los españoles, que no podrán alegar ignorancia de las promulgadas, no uniformó la legislacion, sino que trató de confirmar la derogacion hecha de las leyes que admitian la ignorancia de los rústicos, soldados y mujeres, como medio de eludir su cumplimiento (2); dejando por lo tanto viva la division territorial que hemos hecho de España.

8. Por lo que respecta á la division de españoles y extranjeros, nuestros códigos hacian obligatoria la ley española al extranjero que estaba en dominios españoles y á los españoles que estaban en el extranjero (3); pero el aumento de relaciones y la multiplicidad de lazos de Derecho que hoy existen entre individuos de

(1) Ley 2.ª, tít. II, lib. III, *Novís. Recop.*
(2) Ley 21, tít. I, Partida I, y leyes 29 y 31, tít. XIV, Partida V.
(3) Ley 15, tít. I, Partida I.

distintos pueblos, ha hecho necesario que en todas partes se fije y concrete más esta cuestion, y que el Derecho civil, al par que el Internacional privado, se ocupen de ella con gran detenimiento; con alguno lo harémos nosotros, porque es cuestion muy ardua é importante, que podrá estudiarse con extension en los autores de Derecho de gentes é internacional (1), pero que no puede ser ajena al Derecho civil.

9. Que los extranjeros miéntras residen en España están sujetos á sus leyes, especialmente en lo relativo á las penales, de seguridad y de policía, y en las obligaciones que contraigan con españoles y á favor de éstos, fácilmente se comprende, pues otra cosa sería tanto como renunciar el Estado á su soberanía (2); pero la cuestion se complica y hace más difícil cuando se trata de la condicion civil y de los Derechos individuales ó de la realizacion de actos civiles, llevados á cabo en España por un extranjero que ha vuelto á su país. Para obviar estas dificultades, los autores de Derecho internacional han creado una teoría denominada del *Estatuto*.

10. El *Estatuto* se divide por los escritores de Derecho internacional privado en estatuto *real*, *personal* y *formal*, segun la distinta manifestacion de la personalidad.

11. Estatuto real *es el que sólo ejerce su imperio dentro del territorio, y como consecuencia del dominio eminente del Estado, obliga á todos;* en buenas teorías éste constituye la regla de que los otros dos son excepciones. En uso del *estatuto real*, el Estado regula la existencia y condiciones de la propiedad, sus diferencias y modificaciones, modos de trasmitirla y contribuciones con que han de sostener las cargas públicas, expropiacion y prescripciones, en fin, todo cuando con los bienes se relaciona, haciendo abstraccion de la capacidad de las personas, que corresponde

---

(1) Froland, *Mémoire concernant la nature et qualité des statuts.*—Boullenois, *Dissertations sur les questions qui naissent de la contrariété des lois et des coutumes.*—Bouhier, *Observations sur la coutume de Bourgogne.*—Vattel, *Le droit des gens*, annoté par Pradier-Foderé.—Fœlix, *Traité du Droit international privé.*—Story, *Commentaries on the conflict of lows foreing and domestic.*—Rocco, *Dell'uso ed autorità delle leggi del regno delle Due Sicilie considerate nelle relazioni con le persone e col territorio degli stranieri.*—Schaeffner, *Entwicklung des internationalen privatrechts.*

(2) Ley 8.ª, tít. XXXVI, lib. XII de la *Novísima;* art. 17 y 29 del Real decreto de 17 de Noviembre de 1852.

al personal. El principio que le sirve de base es que el *lugar caracteriza el acto. Locus regit actum* (1); por consecuencia, segun este *estatuto*, tanto los naturales como los extranjeros están á él sometidos, ó lo que es lo mismo, por las leyes del país se regirán todos los actos que el *estatuto real* comprende; suscítase la cuestion de si los bienes muebles son objeto de él ó del *personal;* algunos autores, fundados en que no tienen fijeza, y en la máxima *movilia ossibus persona inhærent*, los colocan bajo la égida del estatuto personal (2), miéntras otros opinan que aunque no tienen la fijeza de los bienes inmuebles, miéntras están en un lugar, deben seguir la ley del lugar; así, por ejemplo, si es permitido allí hipotecarlos, podrán ser hipotecados, aunque no puedan serlo en el lugar á cuyo *estatuto personal* esté sometido su señor; admitiendo sólo como excepcion el caso de herencia, en el que regirá esta ley, y no aquélla; pero con escasas excepciones en lo concerniente al Derecho de sucesion, áun sobre los inmuebles regirá el *estatuto personal* (3).

12. ESTATUTO PERSONAL *es el que ejerce su imperio fuera de un territorio determinado y sigue constantemente á la persona:* en efecto, el hombre que es ciudadano de un país determinado, recibe su personalidad jurídica de las leyes de su país; á ellas debe, por lo tanto, su capacidad para los actos todos de la vida civil; así, pues, renunciar á esas leyes tanto vale como renunciar los Derechos de ciudadanía, y por eso el *estatuto personal* sigue al hombre aunque esté fuera de su patria. Claro es que por este estatuto se regulan todas las condiciones y actos de la vida, relativos á la ciudadanía, á la familia, mayoría de edad, tutelas, matrimonio, capacidad para contratar y obligarse, testar y adquirir ó trasmitir por toda forma de sucesion; á este estatuto está sometido el español residente en el extranjero, que, segun él, procederá en todo con sujeccion á las leyes de España, y el extranjero residente en territorio español, que procederá con arreglo á las leyes de su país (4): desde el momento en que habiendo términos hábiles para cumplir el *estatuto personal* no se cumple, el que deja de hacerlo parece que renuncia á su nacionalidad, que la abandona.

(1) Ley 15, tít. XIV, Partida III.
(2) Fœlix, *Traité du Droit international privé.*
(3) Belime, *Philosophie du Droit*, t. I, pág. 485.
(4) Senten. del T. S. de J., 6 de Noviembre de 1867.

13. Dada esta sucinta idea del *estatuto real* y del *personal*, vamos á ocuparnos del *formal*, no porque le creamos tan importante como los dos de que hemos hablado, sino porque de él se ocupan en general los autores: nosotros creemos que es un miembro que sobra en la division, que sólo debia contener los dos ya explicados, y nos fundamos para ello en que el *estatuto formal* se dice que rige los actos lícitos, y los otros dos no sirven para otra cosa que para regir actos, y ademas en que la materia del estatuto de que hablamos no se resuelve por principios nuevos, sino por los del *estatuto real* ó por los del *personal;* hay autores que sólo de éstos tratan, pero como nuestro trabajo es puramente didáctico, debemos seguir las indicaciones generales para que no sean nociones nuevas cuando se consulte con otros autores.

14. ESTATUTO FORMAL *es el que rige los actos del que se halla en país extranjero.* Los actos de los hombres pueden ser, primero *lícitos* ó correspondientes al órden *civil*, é *ilícitos* ó *criminales;* éstos se regirán siempre por las leyes del país donde se cometan, como ántes hemos dicho. Los correspondientes al órden *civil* pueden aún dividirse en *judiciales* y *extrajudiciales;* los primeros abrazan todos aquellos actos en que, haya ó no contencion de parte, interpone su autoridad un juez competente, y los segundos, todos los que surgen de la voluntad privada, como los contratos, las obligaciones de todo género, sucesiones y otorgamiento de los testamentos. Ocupémonos de esta materia.

15. 1.° *Actos judiciales.* Todo extranjero domiciliado ó transeunte en España tiene el derecho de que los tribunales españoles le administren justicia con arreglo á nuestras leyes en todos los asuntos que tengan aquí su orígen, deban realizarse en nuestro territorio ó versen sobre bienes inmuebles sitos en él; la misma competencia tendrán en aquellos actos que contraidos por súbditos españoles en su patria ó fuera, sean en ella realizables, si bien tanto el español como el extranjero se deberán someter á nuestras leyes (1). Surge otra cuestion respecto á los *actos judiciales*, relativa al valor de las sentencias; es regla generalmente admitida que las sentencias de los tribunales pierden toda su fuerza desde el momento que pasan las fronteras de la nacion en

(1) Art. 27-32, Real decreto de 17 de Noviembre de 1852.

que se dictaron, porque la jurisdiccion no puede ejercerse sino dentro del territorio propio. Sin embargo, y como las constantes y múltiples relaciones que existen entre individuos de distintas naciones hacen hoy muy frecuentes los contratos de que puede conocer y juzgar la autoridad extranjera, y de negar á estas sentencias toda validez podrian surgir graves perjuicios y un fondo de injusticia, el Derecho moderno español ha querido cimentar ciertas relaciones de cordialidad recíproca, y ha dictado reglas para estos casos, que se hallan en la nueva *Ley de enjuiciamiento civil*, y son las siguientes:

1.ª Que se esté á los tratados (1).

2.ª A falta de tratados especiales con la nacion donde se haya pronunciado la sentencia, tendrá ésta la misma fuerza en España que la ley dé á las nuestras allí (2).

3.ª Si no se les da fuerza, no la tendrán las suyas en España (3).

4.ª Si no estuviese en ninguno de estos casos, tendrán fuerza si reunen las condiciones que siguen (4):

*a.* Que hayan sido dictadas á consecuencia de accion personal.

*b.* Que no lo hayan sido en rebeldía.

*c.* Que la obligacion á que se refieren sea lícita en España.

*d.* Que reunan los requisitos necesarios por la ley del país en que se dictaron para ser auténticas, y las que requiere nuestra ley para que hagan fe en España.

16. Las sentencias pronunciadas por tribunales extranjeros en juicio criminal no son nunca ejecutorias en España, si bien podrán dar lugar á la extradicion, segun los tratados.

17. Los actos de *jurisdiccion voluntaria* de que no se ocupan nuestras leyes, suelen cumplirse en todas partes, para no imposibilitar actos de la vida civil entre súbditos de distintas naciones, cuyo entorpecimiento produciria males al súbdito de la nacion que se negaba á cumplirlos. Para que se cumplan deberán: 1.º, haber pasado ante un juez competente en su país; 2.º, formalizarse segun la ley del país en que se verifican, y 3.º, estar conformes con el *estatuto* correspondiente.

---

(1) *Ley de Enjuiciamiento civil*, art. 922.
(2) *Idem*, art. 923.
(3) *Idem*, art. 924.
(4) *Idem*, art. 925.

18. 2.° *Actos extrajudiciales.* Distínguense por punto general en ellos la *forma* y la *esencia*, que en lenguaje legal reciben el nombre de *solemnidades externas* aquéllas, y *solemnidades internas* éstas. *Solemnidades internas:* éstas se rigen por el *estatuto real* ó por el *personal*, segun su carácter, y cuando no caben en ellos, por la voluntad de los que ejecutan el acto. *Solemnidades externas:* éstas se rigen casi siempre por el *estatuto real;* así, por ejemplo, una escritura de venta otorgada en España entre un regnícola y un aleman se sujetará á la forma del Derecho español; la misma hecha en Alemania, á las del Derecho aleman.

19. La ley de *Enjuiciamiento civil* da reglas para evitar que se eludan las leyes; así, pues, para que un acto verificado en el extranjero sea válido en España, es preciso (1):

1.° Que el asunto, materia del acto, sea lícito por las leyes españolas.

2.° Que los otorgantes tengan capacidad segun las leyes de su país respectivo.

3.° Que cuando los actos produzcan hipoteca sobre bienes sitos en España se tome razon en el registro de la propiedad respectivo dentro de tres meses si fuera el acto en Europa, de nueve si en América ó África, y de un año en Asia; y

4.° Que en el país del otorgamiento se conceda igual validez á los actos celebrados en territorio español (2).

20. Para gloria de España, ántes que ninguna nacion moderna formulase estas reglas de verdadero Derecho internacional, hallamos nosotros sus principios en el Código de las Partidas (3).

21. Para concluir con la difícil y complicada teoría de los *estatutos*, debemos hacer presente que en esta cuestion, como en todas aquellas de Derecho civil que se rocen con el Derecho internacional, debe atenderse, primero á los tratados, si existen, y segundo, á falta de ellos, á la reciprocidad, que es el gran principio de igualdad internacional.

22. 8.° Del estilo de las leyes. Importante cuestion es la de fijar el estilo en que las leyes deben escribirse, porque, como dice un autor célebre, *Tel mot, tel loi;* tal estilo, tales leyes (4). Si te-

---

(1) *Ley de Enjuiciamiento civil*, art. 282.
(2) Real decreto de 17 de Octubre de 1851.
(3) Ley 15, tít. I, Partida I.
(4) Benthan, *Traité de législation*, t. I, pág. 304.

nemos en cuenta que el objeto de la ley es fijar el Derecho y hacerlo conocer con facilidad, podrémos decir que el estilo de las leyes debe ser claro, conciso, enérgico y sencillo; huir en su redaccion del lenguaje ampuloso, de los epítetos, de las frases largas y equívocas, estudiando al mismo tiempo el sentido propio y gramatical y exacto de cada palabra. Lo dicho no significa que deba prescindirse de la elegancia del lenguaje, pues ésta y lo castizo y puro de la redaccion contribuirán, no sólo á hacer agradable el estudio de la ley, sino á que reuna las cualidades que hemos indicado; que la verdadera elegancia no está reñida con la sobriedad y sencillez de la frase.

23. Hemos dicho que el Derecho podia ser *escrito ó promulgado, y no escrito ó no promulgado*; del primero, que recibe el nombre *ley*, nos hemos ocupado, y ahora vamos á hacerlo del no escrito, que se llama *costumbre*.

24. De la COSTUMBRE: con este nombre se conoce una especie de Derecho establecido por la repeticion de actos de los pueblos, independientemente del legislador y sin su sancion: unos creen hallar el orígen de la *costumbre* en la voluntad general del pueblo, que repitiendo ciertos actos, parece como que reconoce su justicia y la necesidad de elevarlos á ley; otros en el consentimiento tácito del legislador, que conociendo la existencia de esos mismos actos y pudiendo derogarlos, no lo hace; y otros, en fin, creen que sólo la reunion de ambas condiciones puede dar orígen á la verdadera costumbre, con fuerza legal y supletoria de los vacíos ó puntos obscuros de la legislacion; esto en cuanto á su orígen legal, digámoslo así: en cuanto á su importancia, unos, con la escuela histórica, la consideran como única y primitiva fuente del *Derecho escrito*; otros, por el contrario, sólo como un elemento supletorio de aquél: los que sobre este punto quieran hacer un estudio más detenido podrán acudir á los autores de filosofía del Derecho ó Derecho natural (1). Nosotros sólo dirémos que, dada la existencia de la *ley positiva*, y siendo imposible que el legislador responda á todas las exigencias y necesidades que aquélla debe satisfacer, la *costumbre* se presenta como un medio natural de llenar los vacíos ó de cambiar las leyes que los pue-

(1) Ahrens, *Derecho natural*.—Belime, *Philosophie du Droit*.—Vattel, *Droit de gens*.—Savigni, *Histoire du Droit romain. Vocation de notre siècle pour la législation*, etc.

blos sienten ó necesitan modificar; por lo tanto, que es importante y hasta necesaria.

25. La *costumbre*, aceptada como fuente de Derecho positivo por el pueblo romano y por todos los pueblos cultos, lo ha sido tambien por España, y nuestras leyes señalan como circunstancias necesarias para que la *costumbre* se legitime, las cuatro siguientes (1):

1.ª Repeticion de actos uniformes.

2.ª Conformidad con la religion é interes del país; esto es, que sea conforme á la justicia y al Derecho.

3.ª Ciencia y paciencia del legislador.

4.ª Uso constante por diez años, si bien las leyes de *Partida* dicen diez ó veinte, como no dan la razon de la disyuntiva, ni señalan los casos en que debe aplicarse uno ú otro tiempo, parece que basta el de diez años, y así lo han entendido Gregorio Lopez y los intérpretes.

26. *Repeticion de actos :* profunda divergencia se nota en las mismas leyes de *Partida* respecto al número de actos jurídicos necesarios para que pueda existir la costumbre, pues miéntras la edicion de Gregorio Lopez señala dos juicios, la de la Academia en una ley señala dos y en la otra treinta. Creemos que las sentencias han de ser de Tribunales que juzguen en última instancia, y que debe seguirse la leccion de Gregorio Lopez, que es la aprobada por el Consejo de Castilla y Tribunal Supremo (2).

27. Puede ser la *costumbre : conforme á ley, fuera de la ley y contra la ley*, segun que explica la ley, la suple y enmienda, ó la deroga (3). El *no uso* no deroga la ley. La *costumbre* se deroga por una ley ó por otra costumbre (4).

28. Hemos dicho que las *leyes positivas* y los códigos en que éstas se contienen, por muy perfectos y acabados que sean, ni pueden hacer más que fijar los principios generales, ni regular de antemano todos los actos y modificaciones de ellos, que surgen, ya de la actividad incesante del hombre, ya de la marcha inexorable y progresiva de los tiempos. La ley es, hasta cierto punto,

---

(1) Ley 5.ª, tít. II, Partida I; ley 2.ª, tít. II, Partida I.

(2) Sentencia del mismo de 27 de Marzo de 1860.

(3) Senten. del T. S. de J. de 26 Setiembre de 1860 y 30 de Junio 1869.

(4) Ley 6.ª, tít. II, Partida I, y ley 11, tít. II, lib. I, *Novísima Recopilacion*. —Senten. del T. S. de J. de 6 Junio 1867.

estacionaria, miéntras el hombre y las sociedades marchan y progresan de dia en dia, y el tiempo, que respeta y respetará siempre la ley natural, gasta y quita su valor á las leyes positivas; de aquí no sólo que sea necesaria la *interpretacion*, en el sentido que hemos visto en párrafos anteriores, sino la que en Derecho recibe el nombre de *doctrina jurídica*, que no es más que el *trabajo de los jurisconsultos comentando, explicando y completando el texto legal*. Sin que nosotros podamos considerar la doctrina como fuente de Derecho, toda vez que su carácter es puramente privado, no podemos ménos de concederle gran importancia, pues si no podrá ser directamente fuente del Derecho escrito, lo puede ser indirectamente creando la *costumbre*. En Roma la doctrina (*responsa prudentum*) era una verdadera fuente de Derecho, y la Constitucion, llamada *Ley de citas*, las dió carácter obligatorio (1). En España tenemos tambien un ejemplo de esto; los Reyes Católicos dieron fuerza de ley á los escritos de Bartolo y Baldo (2), ordenanza derogada por las leyes de Toro. La *doctrina* sólo puede ser considerada como un medio de ilustrarse los magistrados.

29. Finalmente, la *jurisprudencia de los tribunales*, que surge de las sentencias dadas por éstos, tiene importancia no escasa, puesto que fija la inteligencia de la ley y la interpreta; pero hay que tener en cuenta que la *jurisprudencia* en este sentido puede aparecer bajo dos formas distintas, ó surgiendo de la decision de los varios tribunales que existen en una nacion, en cuyo caso no puede ser considerada como orígen de Derecho, porque lo dispuesto por un tribunal no puede obligar á otro igual en categoría y jurisdiccion, ó surgiendo de un tribunal superior á todos, en cuyo caso la jurisprudencia establecida puede considerarse como una interpretacion casi auténtica de la ley. Tal sucede en Francia con el Tribunal de Casacion, y en España con las sentencias del Tribunal Supremo, que cuando fija la aplicacion é inteligencia de una ley, ya no puede ningun otro tribunal proceder de otra manera en sus decisiones (3).

30. No terminarémos esta leccion sin hablar de la *equidad*, palabra que se repite muy á menudo, sin darle una acepcion cierta,

---

(1) Ley de citas de Teodosio y Valentiniano III, inserta en el *Codex Theodosianus*.
(2) Ordenanza de 1496.
(3) Senten. del T. S. de J. de 28 Noviembre 1861.—11 Diciembre 1865.

y que se quiere oponer muchas veces á la ley; sólo dirémos que es una nocion vaga, que jamas puede hacer obrar contra la ley, y que su aplicacion producirá por punto general más daños é injusticias que beneficios.

### DERECHO FORAL.

31. Aragon. Para que la costumbre que se admite como fuente de Derecho derogue ley ó fuero, es necesario que sea inmemorial y que se pruebe así.

32. Cataluña. La costumbre no podrá, aunque sea inmemorial, derogar la ley, el fuero, los usajes, leyes, privilegios, actos de Córtes, ni áun las mismas costumbres antiguas y aceptadas (1). Pero debe observarse la costumbre probada á falta de ley que regule la materia (2).

---

(1) Ley 13, tít. XVII, lib. I *De los Usajes.*

(2) Ley 1.ª, tít. XV, lib. I, vol. I de las *Cons.* de Cataluña.—Senten. del T. S. de J. de 17 de Setiembre de 1863.

# LECCION III.

**Nociones preliminares al estudio del Derecho civil de España. Continuacion.**

**SUMARIO.**

1. *De los derechos individuales* como objeto del Derecho civil.—2. Cuáles sean. —3. No pueden existir sin un sujeto, un objeto y una relacion de derecho.—4. Orígen de los derechos individuales, sus fuentes.—5. La *ley* como fuente de los derechos individuales.—6 y 7. *Hechos jurídicos*, sus condiciones, *Libertad.*—8. *Voluntad.*—9. *Razon.*—10. Division de los *hechos jurídicos.*—11. *Hechos jurídicos lícitos,* vicios que los invalidan.—12. 1.º *Ignorancia*, explicacion. 13 al 19. 2.º *Error,* su teoría, sus efectos, sus clases.—20. 3.º *Fuerza, violencia, miedo.*—21. *Fuerza*, explicacion.—22 al 24. *Violencia, miedo*, teoría, su estudio, sus efectos. — 25. *Hechos ilícitos*, causas que los originan. — 26. 1.ª *Dolo.*—27. 2.ª *Culpa.*—28 al 32. De las *Pruebas*, su definicion, su carácter, su importancia.—33. A quién incumbe la prueba.—34. Condiciones esenciales de las pruebas.—35. 1.º *Hecho posible.*—36. 2.º *Que influya en el acto.*—37 y 38. 3.º *Posibilidad de la prueba.*—39. *Presunciones.*—40. *Solemnidades.*

1. Sabida cosa es que el hombre como individuo tiene ciertos derechos necesarios é inherentes á su naturaleza, segun los cuales obra y realiza su destino; derechos absolutos, de altísimo orígen, y que son irrenunciables; uno de estos derechos, y de los más importantes, es el Derecho de libertad, que traducido á la vida civil, significa que el hombre puede practicar todos aquellos actos necesarios á su desarrollo y cumplimiento de su destino; la libertad, pues, se aplica á todos los actos de la vida, y ejercida en la esfera individual del hombre, es un Derecho absoluto que por nada ni por nadie puede coartarse; pero cuando el hombre se relaciona con los demas, cuando entra bajo la esfera del Derecho civil, como agitándose á impulso de su libertad individual, que es ilimitada, puede hallarse en colision con otro sér su semejante, que libre tambien se mueva en la misma direccion; la ley civil ha tenido que ocuparse de este Derecho individual, coartarlo á veces, á

veces restringirlo, para que el Derecho de uno no sea un elemento destructor ó una rémora cuando ménos del Derecho de los demas; en este sentido, pues, la libertad individual en todas sus manifestaciones es un objeto del Derecho, miéntras que considerada en su esencia y en sus formas primarias es un elemento tan necesario é imprescindible del Derecho, que sin él no podemos comprender siquiera la existencia de aquél.

2. No es la *libertad* el solo Derecho individual y absoluto del hombre; á su lado se hallan la *personalidad*, que más bien que derecho individual puede decirse que constituye la existencia completa y distinta del sér humano, y que, por lo tanto, abraza todos los derechos; la *igualdad* y la *asociacion;* sin los derechos de *libertad*, *igualdad* y *asociacion* no podemos comprender la *personalidad* del sér humano, ni su existencia en relacion con el Derecho, pero al mismo tiempo no podemos comprender la vida moral de relacion ni la vida civil, sin que estos derechos se conviertan en objetos del Derecho civil que los regula, para que puedan contribuir á la realizacion del fin colectivo. Como derivaciones de la *personalidad*, podemos señalar tambien el derecho de *existencia*, el de *propia defensa* y el de *propiedad*, que, como los anteriores, se convierten en objetos del Derecho civil desde el momento en que el hombre individuo, relacionándose con los demas, entra á formar parte integrante de la sociedad y se somete al poder social.

3. Los DERECHOS INDIVIDUALES no existirian sin un *sujeto*, un *objeto* y una *relacion jurídica*. Es *sujeto* de los derechos individuales el hombre, único sér en la tierra para quien fueron creados, y que se desarrolla y cumple su destino segun esos derechos ó condiciones externas de existencia. Es *objeto* todo cuanto existe, incluso el hombre, siempre que otro hombre legítimamente dirige sobre esas existencias su accion individual, y en fin, entre el sujeto y el objeto del Derecho se establece una relacion necesaria, que puede ser de igualdad y de desigualdad.

4. Los DERECHOS INDIVIDUALES tienen su orígen en la razon suprema, como que son condiciones, leyes necesarias para la existencia del hombre, pero considerados como objetos del Derecho civil, puede decirse que sus fuentes son la *ley* y el *hecho jurídico*.

5. La *ley*, puesto que desde el momento en que esos derechos entran bajo la esfera del Derecho civil, la ley se apodera de ellos,

mide y aquilata su importancia, les marca su extension y sus límites en relacion con el ejercicio que de los mismos derechos pueden hacer todos los coasociados, de manera tal que la accion de uno no perjudique ni dañe la de los demas, porque si esto sucediera, se destruiria el Derecho de igualdad por una parte, y por otra los derechos absolutos, léjos de ser una condicion esencial para la realizacion del destino del sér humano, se convertirian en un elemento contrario á ese mismo objeto; la ley, pues, y entiéndase que hablamos de la ley positiva, da carácter civil á esos derechos, los ampara y protege, relacionándolos y haciendo que todos los coasociados puedan ejercerlos sin perjudicarse mutuamente ni dañarse en lo más mínimo.

6. Fuente legal de esos mismos derechos son los *hechos jurídicos* en tanto que por ellos se ponen en accion y se practican por el hombre aquellos derechos, de manera tal que el hecho jurídico de uno, ejercitándolos, supone de parte de los demas el respeto á ese ejercicio y la relacion que surge de la accion del uno y del respeto de los demas da orígen á la vida del Derecho en sus distintas manifestaciones jurídicas.

7. Entiéndese por *hecho jurídico*, *todo acto libre*, *voluntario* y *racional del hombre que entra bajo la esfera de la ley*. Son condiciones esenciales para que un acto sea jurídico: primero, que se realice con *libertad;* en efecto, el Derecho no puede ocuparse del hombre, no puede aplicarse al hombre sino en su cualidad de sér libre; si no lo fuese, si obrase sin libertad, sus actos serian fatales y caerian bajo el imperio de las leyes físicas, pero jamas bajo el de las de la moral y el Derecho; la libertad permite al hombre obrar ó dejar de obrar, hacerlo en un sentido ó en otro, y por consecuencia, ser responsable de sus actos.

8. 2.º No basta, sin embargo, con que el hombre obre libremente, esto es, decidiéndose por una ó por otra cosa; es necesario, ademas, que lo haga *voluntariamente*, es decir, que quiera, y quiera con eficacia; así, pues, aunque obre libremente, si no ha querido hacerlo, si no ha tenido voluntad para obrar, el hecho no será jurídico ni entrará en la esfera del Derecho.

9. 3.º Finalmente, ha de obrar conforme á la *razon*, esto es, conociendo el acto que va á ejecutar, apreciándolo en su esencia, condiciones y circunstancias, é ilustrando así su libertad y su voluntad para no proceder á ciegas, sino con conocimiento de cau-

sa, con plena conciencia de lo que va á realizar; poco importaria que existiese la voluntad, es decir, que el hombre quisiera ejecutar el acto; que existiese libertad, esto es, que pudiese ejecutarlo; si faltaba la conciencia, si la razon no tomaba parte, el acto tendria una existencia real, pero no una existencia jurídica; produciria efectos materiales, pero no legales; no podria entrar bajo la accion de la ley positiva. Y es que los actos jurídicos lo son en tanto que los ejecuta el hombre como persona, esto es, en el pleno ejercicio de todas las condiciones, de todos los elementos propios de su personalidad; faltando alguno, esa personalidad no existe, y por lo tanto, los actos se escapan á la accion de la ley positiva. Más adelante verémos cuáles son las causas que, amenguando ó destruyendo la personalidad humana, colocan al hombre hasta cierto punto fuera de la ley positiva.

10. Los *hechos jurídicos* pueden dividirse en dos grandes grupos, segun que producen resultados conformes ó contrarios á la ley y que se denominan *hechos lícitos ó ilícitos;* tanto los unos como los otros dan orígen por una parte á un Derecho, por otra á una obligacion correlativa.

11. Sin grande esfuerzo podemos definir lo que son hechos *lícitos ó ilícitos;* el lenguaje vulgar, el sentido comun los define y caracteriza, y la ciencia no puede ir más allá; es necesario, sin embargo, tener muy en cuenta que se trata de hechos jurídicos y que, por lo tanto, su carácter nacerá de la relacion del hecho con una ley positiva; así, pues, podrán existir hechos lícitos é inocentes en general y en el terreno de la moral y del Derecho natural, que no lo sean jurídicamente considerados, y en cambio hechos que no sean lícitos en el terreno de la moral, y que á pesar de ello lo sean como actos jurídicos: en estos casos, será siempre necesario tener en cuenta que, si bien la ley positiva puede separarse de la ley moral y del Derecho natural, rara vez puede proceder en abierta contradiccion con ellos sin ser injusta, y por consecuencia, sin estar llamada á desaparecer.

Como hemos indicado en general, hablando de los hechos jurídicos, tanto los lícitos cuanto los ilícitos han de realizarse con voluntad, libertad y conciencia, y la falta de cualquiera de estos elementos constitutivos vicia al hecho jurídico y se opone á su validez. Los autores señalan tres vicios ó causas que destruyen la validez de los actos jurídicos, y son el *error*, el *dolo* y la *vio-*

*lencia:* nosotros, considerando por una parte que el *dolo* no se opone á la validez de los actos sino en tanto cuanto produce un *error* nacido del engaño, y por otra, que el que obra *dolosamente* realiza un acto ilícito, prescindimos de él y le sustituimos por la *ignorancia*, esto es, falta de conciencia; por consecuencia, vamos á ocuparnos de la *ignorancia*, del *error* y de la *violencia* con el detenimiento que la importancia de la materia exige.

12. 1.º *Ignorancia.* No tomamos esta palabra en el sentido que generalmente se la da, como impericia, falta de estudio ó conocimiento de una cosa, no; nosotros entendemos por ignorancia la falta absoluta de conciencia, de discernimiento, de razon, y sólo así considerada, la ignorancia vicia los hechos jurídicos; en efecto, la gran diferencia que existe entre el hombre y los demas seres es que aquél se conoce, conoce cuanto le rodea, y por medio de su inteligencia se relaciona con todo; si no existe la inteligencia, ó si ésta no funciona, el hombre podrá moverse, usar de su actividad, obrar, producir hechos; pero estos hechos no se diferenciarán de los que ejecutan todos los seres activos; no serán, no podrán ser, hechos jurídicos; movido por los instintos, por la necesidad, fuerzas eminentemente materiales, no tomando parte la razon ni la inteligencia, obra fatalmente, y no puede ser responsable de sus actos; estará fuera de la ley jurídica; pero es necesario que ese estado de *ignorancia*, de falta de conocimiento, sea independiente de la voluntad del hombre, que por ella no le haya podido vencer, porque en este caso no sólo será responsable del acto jurídico, sino de la falta de conciencia con que lo cometió; así, por ejemplo, un animal, usando de sus facultades de locomocion, corre, en su carrera choca con una piedra, la derriba, y causa la muerte á un hombre; el accidente es puramente fatal; el animal, que carece de inteligencia para comprender que la piedra podia caer, y cayendo matar á un hombre, ha producido dos hechos, la caida de la piedra y la muerte del que fué herido por ella; pero ninguno de los dos hechos es jurídico, ambos son fatales; un hombre, por el contrario, haciendo lo mismo que el animal, ha dado orígen tambien á dos hechos, el uno fatal, el otro jurídico, porque sabía que empujada la piedra podria caer, y cayendo, producir el daño que produjo, y no le bastará para que el hecho de la muerte deje de ser considerado como jurídico el alegar la ignorancia en que estaba de que la pie-

dra pudiese caer, ó que debajo de ella habia un hombre, porque esa ignorancia no debia existir; ántes de ejecutar el hecho pudo ilustrar su inteligencia y apreciar las consecuencias; pero el que corriendo derribó la piedra era un demente, un imbécil ó un niño; en éstos la ignorancia es invencible, porque no basta la voluntad para disiparla; éstos han obrado fatalmente, y el acto no es jurídico, ni por lo tanto puede caer bajo el imperio de la ley. Lo mismo podemos decir en el terreno puramente civil; un hombre firma una obligacion, ha verificado un acto jurídico válido, aunque ignorase que el documento privado producia efectos civiles; la misma obligacion firmada por el loco, imbécil ó menor, no constituye un verdadero acto jurídico, porque les falta la inteligencia, el discernimiento, la conciencia de lo que hicieron; esta doctrina de razon y de Derecho natural está aceptada y reconocida, tanto por nuestras leyes civiles como por las penales (1). Hubo un tiempo en que se confundió la *ignorancia* excusable con la ignorancia por falta de razon y de conciencia, y nuestras leyes de Partida eximieron de obligacion á algunas personas, como los rústicos, las mujeres y los soldados (2); disposiciones que fueron despues abolidas por completo (3). Pero no puede haber ley que considere como actos jurídicos, mejor dicho, que dé validez á los practicados por quienes lo hacen sin razon, sin discernimiento, sin conciencia.

13. 2.° *Error*. Más difícil y más obscura que la teoría de la ignorancia se presenta la del error, pues éste puede afectar á la libertad de tantas maneras, puede presentarse de tan diferentes formas para decidirnos á obrar, puede producir tan diversos resultados, que es imposible muchas veces apreciar hasta qué punto pesará sobre la libertad y decidirá á la voluntad para realizar un acto. No sólo los escritores de Derecho, sino los filósofos, se han ocupado detenidamente de esta teoría, y aunque nosotros trataremos de examinarla rápidamente á la luz de la ciencia y de las disposiciones de nuestro Derecho, debemos indicar los autores en que esta materia se trata con mayor extension y copia de doctrina (4).

---

(1) Leyes 4.ª y 5.ª, tít. V, Partida V, art. 8.° del *Código penal*.

(2) Ley 21, tít. I, Partida I.—Ley 6.ª, tít. XIV, Partida III.—Leyes 22 y 31, título XIV, Partida V.

(3) Ley 2.ª, tít. II, lib. II, *Novísima Recopilacion*.

(4) Molitor, *Traité de obligations*.—Belime, *Philosophie du Droit*.

14. Segun unos autores, el acto es nulo cuando el *error* recae en la esencia, pero no cuando recae en los accidentes; segun otros, debe examinarse si ha sido causa ocasional del hecho ó si de todos modos se hubiera verificado: quiénes distinguen el error en el objeto del hecho ó en los motivos, el vencible ó el invencible.

15. El principio que debe servir de base á la teoría es la manifestacion de la voluntad que da causa al hecho jurídico; así, pues, si la voluntad no existe, ó si carece de alguno de sus caractéres esenciales, el hecho no puede ser válido; pero como los caractéres esenciales de la voluntad para que pueda producir hecho jurídico son que la acompañen la libertad y la inteligencia de parte del sujeto, de aquí que si el error vicia la inteligencia ó mueve la libertad en sentido distinto del que sin error hubiera seguido, el hecho jurídico tendrá un vicio esencial que le invalidará; claro es que segun el Derecho positivo, esto no tendrá lugar si el error no puede probarse, ó si es imputable al que ha sido víctima del mismo. Los autores aplican lo dicho á las formas distintas que puede presentar el error, y así se ocupan separadamente:

16. *a.* Del *error en el objeto;* como ha sido muy fácil al que va á crear un hecho jurídico con cierto objeto determinado averiguar las condiciones del objeto mismo, y por lo tanto á él, y sólo á él, puede serle imputable el error, el hecho producirá todas sus consecuencias.

17. *b. Error en la sustancia.* Los autores suelen distinguir si ha sido causa ocasional del hecho ó no, y en el primer caso niegan validez al hecho, pero no en el segundo; nuestras leyes invalidan todo acto en que intervenga el error esencial (1).

18. *c. Error en los motivos impulsivos del acto*, dícese generalmente por los autores, que no invalida el hecho; nosotros creemos que no se puede fijar una regla general, y que será necesario atenerse por una parte á la entidad de los motivos y facilidad de demostrarlos, y por otra, á la mayor ó menor facilidad de compensar los perjuicios causados por el acto; ¿quién duda, por ejemplo, que si un hombre que tiene un solo hijo sabe que éste ha muerto, é impulsado por este motivo dona su fortuna á un ter-

(2) Ley 21, tít. v, Partida v.

cero, habrá realizado un hecho inválido desde el momento en que sepa que su hijo vive y que el motivo impulsivo no existe? Pero en cambio, si por ese mismo motivo ha vendido una posesion, el acto no se invalidará, porque no es posible averiguar ni fijar que ha procedido impulsado sola y exclusivamente por ese motivo erróneo.

19. *d. Error en la persona con quien nos relaciona el acto jurídico*; tambien en este caso es necesario tener en cuenta si el error fué causa ocasional del acto ó no; en el primer caso podrá invalidarlo, pero no en el segundo (1).

20. *e. Fuerza, violencia, miedo:* tres hechos distintos que pueden reducirse á uno solo: aniquilamiento de la libertad, y que pueden invalidar los actos, pero que es menester estudiarlos separadamente, porque producen efectos muy diversos.

21. *Fuerza.* Es la presion material que se ejerce sobre una persona, en virtud de la que se le priva de la accion voluntaria, reduciéndola á un instrumento ciego del que lo emplea; claro es que en este caso no existe libertad, porque el agente no es dueño de escoger, ni voluntad, porque aunque escoja no tiene medios de obrar segun quiere, y por lo tanto, el acto en que no existen libertad ni voluntad no puede ser un acto jurídico.

22. *Violencia, miedo.* Respecto á estos dos hechos no es tan fácil ni sencilla la teoría; la fuerza obra directamente sobre la materia, coarta y destruye, ó mejor dicho, comunica á la materia forzosa y fatalmente una direccion contraria á la que la voluntad y la libertad señalan; ni la una ni la otra están cohibidas, sino destruidas; en cambio el *miedo*, la *violencia*, cohiben la *voluntad* y la *libertad*, modifican y restringen su accion, pero no las destruyen por completo; así es que los romanos sentaban la máxima *voluntas quamvis coacta voluntas tamen est*, la violencia y el miedo, por lo tanto, no destruyen el hecho jurídico; ademas, en cuanto á la fuerza, basta que exista para que produzca sus efectos, convirtiendo al que de ella es víctima en un instrumento ciego y fatal; pero la violencia y el miedo pueden recorrer una extensa escala y comenzar por ser insignificantes, para concluir tal vez por ser decisivos y determinantes, merced á su tremenda gravedad; pero áun en este caso la máxima romana queda en pié; aun-

(1) Ley 10, tít. II, Partida IV.

que cohibida, la voluntad es voluntad; un ejemplo aclarará la materia. Un hombre es cogido por otros varios, que atan á su mano un puñal, agarran su brazo y le obligan á herir á un desgraciado, que muere víctima de la herida: aquí hay fuerza, verdadera fuerza; no hay libertad ni voluntad por parte del agente directo, no hay respecto á él acto jurídico; ponen al pecho del agente un puñal y le obligan á atravesar el corazon de un tercero; aquí hay violencia, hay ademas miedo, miedo y violencia graves, capaces de decidir á un hombre enérgico, pero áun la voluntad y la libertad existen, áun el hombre así amenazado puede despreciar la amenaza, afrontar el peligro ó tal vez huir, tal vez dar tiempo á ser socorrido; la voluntad y la libertad están cohibidas, pero existen; el hecho jurídico tiene esencialmente existencia, no es *ipso jure* inválido; en el primer caso basta probar que existió la fuerza, en el segundo es preciso probar ademas la extension de la violencia y del miedo. Todavía es más difícil reconocer el miedo por sí solo como causa de invalidacion absoluta del acto jurídico, porque su influencia en el ánimo es más insegura y más difícil de apreciar; la amenaza de la muerte podrá en uno ser causa bastante para moverlo á cometer un acto, por reprobado que sea, miéntras en otro no será móvil suficiente para obligarlo á cometer el acto más sencillo; en tal persona la amenaza de quitarle la vida producirá tal vez risa, al par que la de herir á su padre ó á su hijo le moverán á hacer cualquier acto contrario á su voluntad.

23. Los autores, al ocuparse de la materia, sientan multitud de hipótesis, que resuelven más bien por los principios de la filosofía moral y del derecho natural que por los de la ley positiva, impotente por punto general para dar una solucion cierta, constante y segura. Una de las cosas que más suelen preocupar á los tratadistas es la resolucion que deberá darse á los actos que, ejecutados con miedo ó violencia, han creado derechos con relacion á un tercero que no ha tomado parte en el acto violento; por ejemplo, amenazando de muerte al propietario de una finca, le obligamos á que la venda á un tercero, que ignora la violencia cometida; éste la hipoteca á otro tan ignorante como él; el primer acto no es jurídico, porque la violencia y el miedo le invalidan; ¿qué será de los derechos que asisten al acreedor hipotecario? En rigor de derecho, si el primer acto se ha invalidado por carecer de voluntad y libertad el agente que lo realizó, parece que todos los

que de él nacen deben invalidarse tambien; pero realmente deberá distinguirse, teniendo siempre en cuenta que el principal responsable es el que causó el miedo y la violencia; mas si no pudiera éste cubrir su responsabilidad, deberá tenerse en cuenta hasta qué punto puede ésta alcanzar al que obró cohibido, pues si por negligencia ú otras causas dió orígen á los hechos posteriores, él será el responsable. En todo caso, esta materia, más aún que objeto de una decision legal, fija, invariable, tendrá que serlo del prudente arbitrio de los tribunales, que deberán estudiar escrupulosamente cada caso, y aplicar la ley segun las circunstancias especiales.

24. Nuestra legislacion reconoce en estos casos el vínculo de derecho, y por lo tanto, la existencia del acto jurídico, que, sin embargo, se invalida por una excepcion perpétua (1).

25. Los *hechos ilícitos* deben su orígen al *dolo* y á la *culpa;* tanto el uno como la otra dan lugar á dos teorías jurídicas, tan importantes como difíciles, de las que vamos á ocuparnos, siquiera sea someramente.

26. 1.º *Dolo* es el *engaño fraudulento é intencionado con objeto de perjudicar;* claro es que los hechos producidos por medio del dolo deben mirarse como hechos ilícitos de parte de aquel que le ha empleado; el dolo, pues, produce actos ilícitos, civilmente hahablando; pero hay que considerarlo, ademas, con relacion á la persona víctima del *dolo*, para la cual no produce obligacion, puesto que la contraida se invalida siempre que haya dado causa al contrato, pues si es incidental, al mismo tiempo que produce un acto ilegítimo por una parte, da orígen á un acto válido por otra, que si ha causado perjuicios, se podrán subsanar (2).

27. 2.º *Culpa* es la *omision en el cumplimiento de un deber*, y produce tambien un hecho ilícito, del cual debe responder el autor de la culpa; pero como la escala de las omisiones es muy extensa, el Derecho romano dividió las culpas en tres clases, que denominó *grave*, *leve* y *levísima*, y tomó como punto de partida para clasificarlas la diligencia que debe prestar un padre de familia en sus cosas, relacionando ademas la omision con la clase de actos á que se refiere y con los efectos que estos actos produzcan.

---

(1) Ley 56, tít. v, Partida v.
(2) Leyes 56 y 57, tít. v, Partida v.

Al hablar de los contratos nos ocuparémos más detalladamente de esta teoría.

28. No basta que los hechos jurídicos hayan existido; es necesario que se pueda demostrar esa misma existencia, puesto que todo acto que no puede probarse es lo mismo que si no hubiera tenido lugar, y como sería peligroso abandonar al arbitrio judicial la facultad de escoger y señalar las pruebas, la ley debe fijarlas y determinarlas.

29. Entiéndese por PRUEBA, *todo lo que produce la certidumbre en nuestro ánimo.* Los filósofos comienzan por sostener distintas opiniones acerca de lo que debe entenderse por certidumbre; nosotros prescindirémos de estas cuestiones, y puesto que nos ocupamos sólo del Derecho positivo, dirémos que la certidumbre absoluta es imposible tratándose de un sér limitado como es el hombre, y que sólo se puede aspirar á un grado de probabilidades mayor ó menor, pero rara y difícilmente al conocimiento exacto y absoluto de la verdad. Veamos ahora por qué medios se puede alcanzar ese mayor grado de probabilidad, que casi toca y casi se confunde con la certidumbre, sin por eso llegar jamas á ella. Cuando las probabilidades se equilibran, puede decirse que hay verdadera incertidumbre, ó mejor dicho, falta de probabilidad; cuando haya mayor número y más fuertes probabilidades de un lado, de ese lado estará la certidumbre, y por consecuencia, podrá ser más importante la prueba, teniendo siempre en cuenta que los hechos de la conciencia son tan difíciles de aquilatar, que no es fácil señalar reglas exactas y concretas que sirvan de base á un sistema de pruebas jurídicas. Por consecuencia, las pruebas, puede decirse jurídicamente hablando, que son la suma de presunciones ó de actos presumibles y concomitantes que traen cierta conviccion á nuestro ánimo; así, pues, podrémos definir la prueba jurídica: *Todo acto que la ley manda ó consiente que el juez admita como demostracion de la existencia de otro acto ó hecho;* por eso la deposicion de los testigos es una prueba, la vista judicial es una prueba, la confesion es una prueba, por más que los testigos puedan mentir ó equivocarse, el juez ver mal ó apasionadamente, el reo confesar un hecho que no ha ejecutado. De las dificultades que presenta el tratar de la prueba, considerada esencial y filosóficamente, se deducen las que debe presentar el legislar prácticamente sobre esta difícil materia; desde

luégo es muy grave y ocasionado á error el que la ley abandone lo concerniente á las pruebas al criterio de los jueces, pero no lo es ménos el que los encadene de manera á proscribir toda accion de parte del juez: parece en este sentido la mejor solucion, sin que se pueda decir que sea perfecta, ni mucho ménos, la de que la ley fije las bases y principios capitales de la prueba, señalando al propio tiempo sus clases é importancia, pero dejando siempre á salvo la conciencia del magistrado, para que éste escoja la prueba en cada caso, y segun su conciencia, la pese, aquilate y avalore.

30. No carece este doble sistema de inconvenientes, pero tal vez tiene ménos que el uso exclusivo de cualquiera de ellos aislado. En efecto, todos pueden comprender los efectos que producirá el que, como en los países asiáticos, el Cadí pueda mandar cortar la mano ó la cabeza á un reo por virtud de pruebas que aquél sólo aisladamente conoce y aprecia, y todo el mundo puede tambien apreciar los graves males que puede producir el que la ley señale el valor de las pruebas como una operacion aritmética, que despues de dividirlas en medias pruebas, cuartos y octavos de prueba, las suma para obtener prueba entera ó fracciones de prueba mayores ó menores.

31. Es necesario distinguir entre las pruebas que sólo tienen por objeto demostrar un hecho ó acto preexistente, y ciertas presunciones de Derecho que vienen á crearlas, tales, por ejemplo, como la autoridad de la cosa juzgada ó la presuncion de que un hijo nacido dentro del matrimonio es legítimo por este solo hecho.

32. Nuestro Derecho desde antiguo señala varios medios de prueba, pero no taxativamente, sino dejando cierta libertad al juez, y teniendo siempre presente por una parte la distincion entre las verdaderas pruebas y los actos que crean derechos, y por otra la necesidad de que las pruebas sean claras como la luz para que decidan al magistrado.

33. Por punto general, las leyes previenen que la prueba incumbe al que demanda y afirma los hechos, no al demandante ni al que niega, por más que una de las autoridades más respetables en la ciencia sostenga lo contrario, fundándose en una probabilidad, cual es la de que por punto general rara vez demandará el que no tenga razon para ello, y que es más probable

que niegue sin razon y por espíritu de venganza el demandado (1). Esta opinion no puede aceptarse, pues por lo mismo que el demandante no incoa el proceso sino con la seguridad de su Derecho, y ha tenido todo el tiempo que ha querido para prepararse, tendrá preparadas tambien sus pruebas y podrá presentarlas, cuando el demandado, sorprendido por la demanda, nada tendrá preparado, y ademas sería injusto obligar á la prueba al que tal vez por el hecho mismo de la demanda podrá tener dificultades para probar.

34. No todos los hechos alegados pueden ser admitidos como prueba; es necesario que reunan tres condiciones esenciales:

1.ª Que sean hechos posibles.

2.ª Puedan influir en la decision ó validez del hecho jurídico que se trata de probar.

3.ª Que la prueba sea posible en sí misma.

35. 1.° En efecto, los hechos imposibles no pueden probarse; intentarlo sólo sería una aberracion de la inteligencia; pero aquí volvemos á tropezar con nuevos inconvenientes; ¿qué es un hecho posible? Cuestion es ésta que no puede resolverse *à priori* sin tener en cuenta multitud de circunstancias, porque sabido es que un mismo hecho puede ser posible hoy é imposible hace veinte años; posible en España é imposible en Africa. El que hace un siglo hubiera pretendido probar en Madrid que en cinco minutos tendria noticias de París, á la faz del mundo hubiera tratado de probar un hecho imposible, hoy posible en España con relacion á París, pero imposible con relacion á Fez ó Rabat.

36. 2.° Si no puede la prueba influir en la validez del acto ó de la decision, no tiene objeto; se ha vendido un reloj, no podrá admitirse como prueba la que demostrase siquiera cumplidamente que el comprador del reloj habia comprado una sortija.

37. 3.° Puede muy bien no ser posible la prueba, bien porque la ley la prohiba, bien porque la naturaleza misma de las cosas la haga imposible, y con esta cuestion se relaciona la tan debatida de los *hechos positivos* y *negativos*, y la prueba de estos últimos; los jurisconsultos han venido constantemente decidiendo que los hechos negativos no pueden probarse; hoy parece que adquiere

(1) Benthan, *Traité des preuves judiciaires*, t. II.

fuerza y autoridad la opinion contraria. Para entrar en esta cuestion, debe comenzarse por saber si existen y qué son los *hechos negativos.* Lo primero que hay que hacer es distinguir la forma de la proposicion, del hecho en sí, puesto que puede haber hechos negativos en forma afirmativa ó negativa, y vice-versa, siempre que el hecho en sí sea negativo, aparezca su forma positiva ó negativa, la prueba es imposible, y posible si el hecho es positivo aparezca, como aparezca su forma.

38. No es de este lugar descender á la aplicacion de la teoría de las pruebas á nuestro derecho; lo harémos más adelante en el curso de las Instituciones.

39. *Presunciones son las consecuencias que deducimos de un hecho conocido con relacion á otro desconocido;* basta fijarse en la definicion para comprender cuán difícil es que las presunciones puedan convertirse en pruebas, á no ser que se aglomeren tantas de una misma índole que pesen en el ánimo y le convenzan, pero áun así será necesario desconfiar mucho ántes de aceptarlas como pruebas.

40. *Solemnidades*, son las condiciones que deben reunir los actos para ser válidos en derecho; esas condiciones pueden referirse al *fondo* ó *esencia* de los mismos actos ó á su *forma externa;* las primeras se llaman *solemnidades intrínsecas* ó *internas*, y las segundas *extrínsecas* ó *externas:* necesario es cumplir unas y otras si los actos han de tener entera validez y fuerza legal.

---

# LECCION IV.

**Instituciones del Derecho civil.—De las personas.**

**SUMARIO.**

1. OBJETOS del Derecho, *personas*, *cosas*, *hechos.*—2 y 3. *Persona*, su definicion, nocion de la *capacidad*, explicacion.—4. *Estado,* su division.—5 al 8. Del *estado natural. Condiciones constitutivas.*—9. *Estado civil*, definicion, divisiones.—10. *Estado de libertad.*—11. *Estado de ciudad.*—12. *Estado de familia.*—13. La *libertad,* estado general.—14. *Ciudadania*, español, extranjero, quién es español.—1.º Por nacimiento. 2.º Por un acto de la voluntad.—15 y 16. 1.º POR NACIMIENTO.—17 y 18. 2.º POR UN ACTO DE LA VOLUNTAD.—19. Extranjeros.—1.º Por nacimiento. 2.º Por un acto de la voluntad.—20. POR NACIMIENTO.—21 y 22. POR UN ACTO DE LA VOLUNTAD.—23 al 25. Disposiciones relativas al *Registro civil.*—26. Divisiones de los españoles.—27. *Vecinos.*—28. *Residentes.*—29. *Transeuntes.*—30. Modificaciones de la *Ley jurídica* al estado natural.—31. *Sexo.*—32. *Nacimiento.*—33. *Edad.*—34 al 36. *Personas jurídicas* —37. DERECHO FORAL.—38. Aragon.—39. Cataluña.—40. Navarra. —41. Vizcaya.

1. Deciamos en la leccion primera que el *Derecho civil* por su *objeto* se dividia en *Derecho de las personas*, de las *cosas* y de los *hechos*, ó lo que es lo mismo, que los objetos del Derecho civil son *personas*, *cosas* y *hechos jurídicos;* así, pues, vamos á ocuparnos de cada uno de ellos con separacion, comenzando por las personas, que, como hemos dicho, pueden ser *sujeto* y *objeto* del Derecho, miéntras las *cosas* y los *hechos* serán siempre *objetos*, jamas *sujetos* ó elementos activos.

2. El hombre, pues, colocado sobre la tierra como un sér distinto, *activo*, *libre* y *racional*, se agita en la esfera del Derecho, tiene *derechos*, es *sujeto*, elemento activo del Derecho; pero como no vive solo y aislado, sino en relacion con todo cuanto existe, inclusos los hombres sus semejantes, se liga con éstos en relaciones de Derecho, que se *obliga* por su parte á realizar, apareciendo entónces como objeto del Derecho. La capacidad para ejercer el Derecho y para obligarse es lo que constituye la *perso-*

*nalidad jurídica* del hombre; por consecuencia, podrémos decir que *persona es todo sér capaz de derechos* y *de obligaciones.* La *capacidad* será siempre la regla general, la *incapacidad*, la excepcion.

3. Decimos en la definicion *todo sér*, y no el *hombre*, porque si bien, segun la ciencia y segun nuestro Derecho actual, todo hombre es persona, no toda persona es hombre; en efecto, la ley por motivos de utilidad ha creado personas cuya existencia es puramente legal, y que se llaman *personas jurídicas*, y les ha dado capacidad para tener *derechos* y *obligaciones.*

4. Segun la extension de la *capacidad*, así el hombre goza de diversos derechos y consideraciones, y á esto se llama *estado*, y como la *capacidad* puede ser hija de la naturaleza ó de la *ley civil* y *positiva*, de aquí que el estado se divida en *natural* y *civil* ó *jurídico.*

5. Las condiciones constitutivas del *estado* variarán segun se trate del *estado natural* ó del *civil* ó *jurídico.*

6. Serán, pues, condiciones constitutivas del *estado natural*, el *sexo*, el *nacimiento*, la *edad*, la *inteligencia*, condiciones que á su vez entrarán bajo el dominio del *Derecho civil*, y sufrirán modificaciones, como verémos despues: la *naturaleza*, por razon del *sexo*, introduce diferencias entre el hombre y la mujer; no ciertamente diferencias esenciales, puesto que en su esencia ambos son iguales, pero sí accidentales, que hacen que el Derecho natural sea para entrambos distinto en sus efectos, establécelas tambien por razon del *nacimiento* entre nacidos y póstumos; por razon de la *edad* entre los mayores y menores; capaces y no capaces, segun que la edad les ha permitido un cumplido desarrollo ó éste es incompleto; finalmente, por razon de la *inteligencia*, puesto que sin ella, ni se comprende ni puede ejercitarse el Derecho.

7. Estas condiciones son, como ya hemos dicho y verémos en adelante, objetos de la legislacion civil, que fundándose en el Derecho natural, pero teniendo en cuenta otras circunstancias de utilidad y de necesidad, hace surgir de ellas muy distintos y variados derechos.

8. Por eso, aceptándolas todas las legislaciones en principio, las hacen variar notablemente en su aplicacion, y basta para demostrarlo fijarse en cualquiera de ellas. ¡Qué inmensa diferencia

de la mujer romana á la mujer segun el Derecho moderno! Allí nada era, comparada con el hombre, hoy apénas si entre el uno y la otra existen diferencias.

9. *Estado civil* ó *jurídico* es el que nace de la vida de relacion ó social del hombre, y como en este terreno el hombre puede relacionarse libremente con todos sus semejantes, ó sólo con los que viven bajo un mismo sistema legal, ó con los que tienen un orígen comun, de aquí la triple division en estado de *libertad*, de *ciudad* y de *familia;* division nacida en el Derecho de la antigua Roma, tomada de allí por nuestras leyes, de muy alta importancia cuando la *personalidad* humana dependia sólo de la ley positiva; pero que si bien hoy ha perdido gran parte de su carácter, puede, sin embargo, aceptarse, ya porque todos los tratadistas la aceptan, ya tambien porque metodiza el estudio y fija grandes fases de la vida: ocupémonos de ella.

10. *Estado* de *libertad:* nuestras leyes hasta el siglo presente, no sólo reconociendo la *esclavitud*, hacian la misma distincion que las romanas en *libres* y *esclavos*, sino que daban al estado de libertad gran importancia para el ejercicio del Derecho; abolida la esclavitud hasta en nuestras provincias de Ultramar, si no completamente de hecho, de Derecho al ménos, podemos decir que, segun nuestras leyes, el *estado* de *libertad* es el estado natural del hombre, sin el cual no hay hombre ni personalidad ni existencia legal.

11. Tambien nuestras leyes aceptaron el *estado* de *ciudad* casi con las mismas condiciones que se aceptaba en Roma, si bien haciendo en él las distinciones de nobles y pecheros, señores y vasallos, eclesiásticos y legos, y dando distintos derechos á cada una de estas clases: no dieron, sin embargo, al Derecho de ciudadanía tanta importancia y exclusivismo como se dió en Roma y en los pueblos antiguos, y hoy, derogadas todas las diferencias que separaban á los españoles entre sí, sólo ha quedado viva la distincion entre *españoles* y *extranjeros*, mucho ménos profunda y esencial que la que entre estos mismos se hacía en los pueblos todos de la Edad antigua, que negaban la personalidad al que no habia nacido bajo el manto protector de la ciudad.

12. Finalmente, el *estado de familia*, aceptado tambien de la legislacion romana, aunque ya profundamente modificado, existe, si bien tan distinto de aquél, como que el uno emanaba de la

*ley positiva* sola y exclusiva, miéntras el otro, el nuestro, emana de la *razon* y del *Derecho natural.*

13. Descendiendo ya á nuestras prescripciones legales, dirémos que la ley española no reconoce la esclavitud, por lo cual el estado de todo español es el de *libertad.*

14. Que respecto á la *ciudadanía*, la ley considera al hombre como *español* ó *extranjero*, tendiendo á conceder la primera cualidad á todo aquel que desee gozar de ella, aunque no le corresponda por su orígen. La ley fundamental y alguna otra (1) se ocupan ampliamente de esta cuestion, decidiendo que sean españoles, 1.° *por el nacimiento*, 2.° *por un acto de la voluntad.*

15. 1.° POR NACIMIENTO.—Son españoles: *a.* Las personas nacidas en territorio español (2).

*b.* Los hijos de padre ó madre españoles, aunque hayan nacido fuera de España (3).

*c.* Toda persona nacida en España de padres extranjeros ó sólo madre española, si reclaman la nacionalidad (4).

*d.* Los hijos de madre española nacidos fuera de España, haciendo la misma reclamacion (5).

16. Debe siempre tenerse en cuenta la antigua y conocida regla de que los hijos legítimos y naturales reconocidos siguen la condicion del padre, y los demas ilegítimos la de la madre (6).

17. 2.° POR UN ACTO DE LA VOLUNTAD.—*a.* Los extranjeros que hayan obtenido *carta de naturaleza.* Respecto á la naturalizacion rigen aún nuestras antiguas leyes (7), que la dividen en cuatro clases, á saber:

1.ª La que da el derecho de gozar, así en lo civil como en lo eclesiástico, las mismas preeminencias que disfrutan los españoles; se la llama *absoluta.*

---

(1) Constitucion de 1876.—Real decreto de 17 de Noviembre de 1852.—*Ley del Registro civil.*

(2) Constitucion de 1876, art. 1.°, primer caso.—Real decreto de 17 de Noviembre de 1852, art. 1.°—*Ley del Registro civil*, artículos 103 y 104.

(3) Constitucion de 1869, art. 1.°, segundo caso.—Real decreto de 17 de Noviembre de 1852, art. 1.°—*Ley del Registro civil*, art. 105.

(4) Ley 7.ª, tít. XV, lib. I, *Novísima Recopilacion.*

(5) Ley 7.ª, tít. XV, lib. I, *Novísima Recopilacion.*—Ley del Registro civil.

(6) Constitucion de 1876, art. 1.°, cuarto caso.—Real decreto de 17 de Noviembre de 1852, art. 2.°, nota 5, tít. XIV, lib. I de la *Novísima Recopilacion.*

(7) Id., id., id.

2.ª La que sólo da derecho en lo secular, con exclusion de todo lo eclesiástico.

3.ª La que sólo da el derecho de obtener cierta renta eclesiástica.

4.ª La que da sólo derecho en lo secular para gozar honores y oficios, con exclusion de las condiciones de millones.

18. Para conceder las tres primeras se necesitaba el voto del Reino en Córtes; la última la concedia el Rey y se despachaba sin consulta, por la Cámara de Castilla. Hoy, no habiéndose legislado en la materia y siguiéndose lo ántes establecido, se consideran las tres primeras como objeto de una ley, y la cuarta se concede por el Gobierno (Poder ejecutivo), oyendo siempre préviamente al Consejo de Estado, seccion de Gracia y Justicia (1).

*b.* Los extranjeros que, sin haber obtenido naturaleza, han ganado vecindad en cualquier pueblo de la monarquía, lo cual tenía lugar estableciéndose en España con medios de vivir propios; ganando carta de vecindad; casándose con española y domiciliándose en territorio español; adquiriendo bienes raíces, etcétera (2). Siempre que: 1.º, juren fidelidad al Rey y á las leyes; 2.º, renuncien el fuero de extranjería; 3.º, prometan no reclamar la proteccion extranjera; y ántes se exigia que fuera ó se hiciera católico, hoy no puede exigirse esto.

*c.* La mujer extranjera que se casa con español (3). El real decreto de Noviembre de 1852 no habla de este caso.

19. Segun nuestras leyes ya citadas serán extranjeros: 1.º, *por nacimiento;* 2.º, *por un acto de la volundad.*

20. 1.º POR NACIMIENTO.—*a.* Los hijos de padres extranjeros nacidos fuera de España.

*b.* Los hijos de padre extranjero y madre española nacidos en el extranjero, si no reclaman la nacionalidad.

*c.* Los nacidos en España de padres extranjeros ó de madre española y padre extranjero, si no reclaman la nacionalidad.

*d.* Los nacidos fuera de España de padres españoles que han perdido la nacionalidad.

---

(1) *Adicion* de 1716 á la *Instruccion* de 1588.—*Ley orgánica del Consejo de Estado* de 17 de Agosto de 1860, art. 48.

(2) Ley 8.ª y párrafo 5.º de la ley 9.ª, tít. XI, lib. VI de la *Novísima Recopilacion.*

(3) Ley 2.ª, tít. XXIV, y ley 7.ª, tít. II, Partida IV. Ley 2.ª, tít. XXVII, lib. XI, y ley 3.ª, tít. XI, lib. VI de la *Novísima Recopilacion.*

21. 2.º Por un acto de la voluntad.—*a*.—La española que se casa con extranjero.

*b*. El español que adquiere naturaleza en país extranjero.

*c*. El que admite empleo de otro gobierno sin licencia del Rey (1).

Conformes nuestras leyes con los altos principios de Derecho internacional, consideran como territorio español los buques que cubre nuestro pabellon (2), y les otorgan todos los derechos y preeminencias que á la española tierra se conceden.

22. Al hablar de los medios voluntarios por que uno se hace extranjero, lo hemos hecho implícitamente de las causas por que se pierde la nacionalidad española, debiendo advertir que para conseguirlo no basta la simple voluntad del interesado, aunque se inscriba en un consulado extranjero, ó como tal, en la matrícula del gobierno de provincia, si no lo hace por los motivos señalados en la Constitucion y en las leyes (3), ni, por consiguiente, se libran de las obligaciones que sobre ellos pesen.

23. Esta materia no estaba muy clara ni bien definida por nuestras antiguas leyes, especialmente en su parte práctica, lo cual daba lugar, natural y necesariamente, á dudas y cuestiones de no muy fácil solucion. La *Ley del Registro civil* y el *Reglamento* para su ejecucion han fijado con bastante precision la práctica: aunque hemos de ocuparnos detenidamente del Registro, creemos muy conveniente hacer aquí algunas indicaciones.

24. Ningun acto concerniente á la *nacionalidad* producirá efectos en España hasta el dia en que sean inscritos en el *Registro*, presentando al propio tiempo las partidas de nacimiento y casamiento en su caso, del interesado, y las de nacimiento de su esposa é hijos; si se trata de una viuda, deberá justificar su estado; no se practicará inscripcion en virtud de declaracion de la persona interesada si no ha cumplido la mayor edad y está emancipada, anotándose al márgen de las partidas de nacimiento del interesado y sus hijos, si constan en el Registro. Ademas, y á ser posible, se hará constar el domicilio anterior del interesado, los

---

(1) Constitucion de 1876, art. 1.º—Real decreto de 17 de Noviembre de 1852.—Sentencia del Supremo de 16 de Julio de 1860.

(2) Real decreto de 17 de Noviembre de 1852, art. 1.º

(3) Idem, art. 1.º, y Sentencia del Tribunal Supremo del 16 de Julio de 1860 y 20 Enero 1870.

nombres, naturaleza, domicilio y profesion de los padres, y de la mujer si está casado, y los de los padres de ésta, así como de los hijos, manifestando si alguno está emancipado.

25. Las cartas de naturaleza no producirán efecto miéntras no se inscriban en el Registro municipal del domicilio que los interesados elijan ó en el de la Direccion si no han de residir en España. Si han ganado vecindad, sólo gozarán de ella desde que despues de presentar al Juez municipal justificacion bastante, con citacion del Ministerio público, de haber ganado vecindad, y renunciando á su nacionalidad, se haga la inscripcion. Los nacidos en territorio español de padres extranjeros ó de padre extranjero y madre española, si quieren gozar de nacionalidad, deberán hacerlo constar en el Registro de su domicilio ó ante el agente diplomático ó consular más próximo, en el término de un año desde que cumplieron la mayor edad si están emancipados, y si no, dentro del año de la emancipacion, con la correspondiente renuncia. El español que hubiese perdido su naturaleza por haberla adquirido en otro país, la recobrará presentándose al Juez municipal ó á la Direccion de los Registros, manifestando ser esa su voluntad y renunciando á la nacionalidad adquirida. Tanto el español que hubiere admitido empleo de otro Gobierno sin licencia del de España, como el nacido en el extranjero de padre ó madre españoles, que haya perdido esta calidad por haberla perdido sus padres, podrán recobrarla por los medios antedichos; pero necesitan rehabilitacion prévia y especial de nuestro Gobierno, que se hará constar en el Registro. La mujer española casada con extranjero, despues de disuelto el matrimonio podrá recuperar la nacionalidad prévios los requisitos de inscripcion, renuncia y presentacion de documento que compruebe la disolucion del matrimonio. El español que trasladado al extranjero quiera conservar su nacionalidad, deberá hacerlo así constar ante el agente diplomático ó consular español. Tanto la fijacion de residencia de un extranjero en España cuanto los cambios de domicilio que haga el que ya resida, se anotarán en el Registro ó Registros correspondientes (1). Como se ve, estas disposiciones fijan y acla-

(1) *Ley del Registro civil*, tít. V, artículos 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111 y 112.—Reglamento para la ejecucion de las *Leyes del Registro y matrimonio civil*, c. 8, artículos 65, 66, 67, 68.

ran de una manera notable la materia que nos ocupa, hoy muy importante y de muy repetida y práctica aplicacion.

26. Nuestras leyes no sólo se ocupan, como hemos visto, de las personas con relacion al lugar, para dividirlas en extranjeras y nacionales, sino tambien áun dentro de nuestro país, y ya sean regnícolas ó extranjeras, las consideran ademas como *vecinas*, *residentes* y *transeuntes*.

27. *Vecinos*. 1.° Son los que han nacido y residen en un lugar, sufriendo las cargas y gozando las ventajas que se llaman vecinales.

2.° Los que se trasladan libre y voluntariamente á un pueblo haciendo ante el alcalde la declaracion de avecindarse allí é inscribiéndose en el Registro.

3.° Los que permanezcan en un lugar más de un año con casa abierta, si no manifistan explícitamente su deseo de conservar el domicilio anterior.

4.° Los que ejerciten el derecho electoral, lo pidan ó no gestionen para que se les borre de las listas electorales.

5.° Los que aceptan cargo retribuido por el Estado, provincia ó Municipio, que exija residencia fija (1).

28. *Residentes*. Son los que sin intencion de ganar vecindad moran en un pueblo algun tiempo.

29. *Transeuntes*. Los que accidentalmente se hallan en un pueblo.

30. Dijimos en el párrafo séptimo de esta leccion que las condiciones naturales del hombre entraban tambien bajo el dominio de la *ley jurídica*, y en efecto, el *sexo*, el *nacimiento*, la *edad* y la *inteligencia* introducen diferencias en el estado civil de las personas, dándoles distintos derechos y obligaciones, y por lo tanto, tienen que entrar bajo el dominio de la *ley civil*.

31. *Sexo*. En otros tiempos el sexo producia diferencias tan profundas entre la mujer y el hombre, que no sólo se consideraba á la primera incapaz para todos los derechos políticos, sino que hasta en los civiles se le negaba la personalidad; hoy las diferencias no son esenciales, y segun los autores, hacen á la mujer á las veces de mejor y á las veces de peor condicion que á los hombres,

---

(1) *Idem*, artículos 3.°, 4.° y 5.°—Reales órdenes de 20 de Agosto de 1849 y 30 de Agosto de 1853.

tendiendo la legislacion, la ciencia y las costumbres á igualarlos en el Derecho civil, si bien conservando las diferencias en el político y social; nuestras leyes fijan la consideracion de los individuos de cada sexo (1). Una de las más importantes conquistas de la mujer por nuestro Novísimo Derecho, es la concesion de la patria potestad en defecto del padre (2). Nuestras antiguas leyes y algunos fueros municipales se la reconocian tambien.

32. *Nacimiento:* da orígen á la division de padres é hijos de familia; la ley considera nacidos por una ficcion de Derecho á los que áun no han visto la luz, si se trata de su utilidad; da reglas para considerar al feto nacido ó no, indicando cuáles pueden considerarse como personas, para lo cual han de nacer en tiempo legítimo, vivos y vivir veinte y cuatro horas, con forma humana, aunque tengan algun defecto, y exigian nuestras leyes que recibieran el bautismo (3): hoy no puede ser este requisito necesario, pues segun la Ley del Matrimonio civil, basta con que haya nacido con figura humana y vivido veinte y cuatro horas enteramente desprendido del seno materno; ni aquella ley ni la del Registro exigen la inscripcion, como ántes se exigia el bautismo, aunque sea necesaria y por ella se pruebe la legitimidad (4); pero debe necesariamente hacerse dentro de los tres dias del nacimiento.

33. *Edad:* por razon de ella gozan las personas de diferentes derechos, segun que son mayores ó menores de edad, dividiéndose éstos en infantes los que no han llegado á los siete años, pupilos los que no han llegado á la pubertad, ó sea catorce años en el varon y doce en la hembra, y menores hasta los veinte y cinco (5). Nuestro Código penal hace otra division muy diferente para la exculpacion, atenuacion ó completa responsabilidad de las penas.

34. Hasta ahora nos hemos ocupado del hombre persona, esto es, del hombre capaz de tener y de deber derechos; pero no es

---

(1) Ley 12, tít. XXXIII, Partida VII.—Ley 21, tít. I, Partida I.—Ley 6.ª, tít. IV, Partida III.—Leyes 29 y 31, tít. IV, Partida V, y Ley 2.ª, tít. II, lib. III de la *Novísima.*

(2) Ley del *Matrimonio civil*, art. 64.

(3) Ley 3.ª, 4.ª y 5.ª, tít. XXIII, Partida IV.—Ley 2.ª, tít. V, lib. X de la *Novísima Recopilacion.*

(4) Ley del *Matrimonio civil,* artículos 60 y 61.

(5) Leyes 12, 13, 21, tít. XVI, Partida VI.

solamente al hombre á quien las leyes positivas han concedido *personalidad jurídica;* existen entidades de creacion puramente legal, que por una ficcion de la misma ley son capaces de derechos y de obligaciones, y que reciben el nombre de *personas jurídicas.*

35. Las *personas jurídicas* pueden ser, ó asociaciones por un tiempo y fin determinado, con unidad de accion para los efectos del Derecho civil, única faz con que aquí las consideramos, ó entidades de pura creacion legal, sin personalidad natural. A la primera clase pertenecen los pueblos, las asociaciones gremiales, sociedades mercantiles y cualquiera otra que esté autorizada para *adquirir, conservar* ó *enajenar* bienes; á la segunda, ciertos establecimientos, como los hospitales, establecimientos de instruccion y otros.

36. Las *personas jurídicas* tienen condiciones esenciales de existencia, que son *unidad de accion*, *fin racional preconstituido, independencia* de las personas naturales que la forman, *tiempo determinado* de existencia y *ley constitutiva* de creacion; debiendo observarse que si bien en las de la primera clase es necesario un acto de la voluntad de los que las forman, para darles orígen, no basta á veces para determinar su existencia.

## DERECHO FORAL.

37. Aunque los nacidos en las provincias regidas todavía por fueros *especiales* sean españoles, todavía para la aplicacion del Fuero á lo que en Derecho civil se diferencia de la legislacion general de Castilla, hay que tener presente quiénes deben considerarse, aunque españoles, como individuos de esas mismas provincias.

38. ARAGON: Son aragoneses los nacidos en Aragon de padres aragoneses ó fuera del Reino de padre aragonés, que aunque ausente del Reino, regrese á él con sus hijos, ó éstos si en vida de sus padres, ó no viviendo, se trasladan á Aragon con su familia: y los hijos de éstos nacidos en Aragon y que permanecen toda su vida en el Reino.

Los nacidos de padres no aragoneses y fuera del Reino, ó en él de padres extranjeros, ó extranjero y aragonés, si los padres

se ausentasen con sus familias, aunque despues regresen, no se reputan como aragoneses (1).

39. CATALUÑA : Son catalanes los nacidos en el Principado ó fuera de él, si su padre ó abuelo paterno nació ó está domiciliado en Cataluña (2). Barceloneses, todos los forasteros que vivieren en Barcelona un año y un dia (3).

40. NAVARRA : Son navarros los nacidos de padre ó madre navarra, habitantes en el Reino y los que han obtenido carta de naturaleza de los tres Estados ó de la Diputacion en su caso (4).

41. VIZCAYA : Sus habitantes son *vecinos* ó forasteros. La vecindad es originaria ó adquirida : disfrutan la primera los naturales del país y los hijos de vizcaíno : la segunda, los que se establecen en la provincia para adquirir domicilio (5).

---

(1) *F. Actus Curiæ super filiis Regnicolorum*, lib. I.
(2) *Cons. de Cat.* Leyes 8.ª y 12, tít. LXVIII, lib. I, vol. 1.º
(3) Cap. 53 de *Recognoverum Proceres*, tít. XIII, lib. I, vol. 2.º *Cons. Cat.*
(4) Ley 6.ª, tít. VIII, lib. II y 1 y 3 tít. VIII, lib. I *Nov. Recop. de Navarra.*
(5) Ley 13, lib. 1.º, *Fuero de Vizcaya.*

# LECCION V.

**Instituciones del Derecho civil.—De las personas.—Registro civil.**

**SUMARIO.**

1 al 8. *Del Registro civil*, su orígen, su historia, su importancia, su necesidad —9 al 11. Funcionarios encargados de llevarlo, generales, especiales, Centro de accion ó directivo, Jefe supremo.—12 y 13. Cuándo compete hacer la inscripcion á cada funcionario.—14 y 15. Libros y asientos del *Registro*.—16. Secciones en que se divide.—17 al 19. Autenticidad del *Registro*.—20 al 22. Autenticidad *de las inscripciones* y *documentos*.—23. Pruebas del estado civil. —24. *De las inscripciones*.—25 al 28. Inscripciones relativas á los *Nacimientos*, sus formas, condiciones y modo y tiempo para hacerlas.—29. A los *Matrimonios*.—30 al 33. A las *Defunciones*.—34 al 36. A la *Ciudadanía*.—37. Cambio de *nombres* y *apellidos*.—38. Manifestacion de la personalidad bajo el punto de vista de la sociabilidad.

1. Registro civil *es el gran libro que sirve de base á la vida política, social y civil de los pueblos; la historia viva y gráfica de cada uno de los miembros de una sociedad.* Compónese una nacion del conjunto de individuos que gozan de personalidad política y civil, es decir, que tienen un *estado*, y como esa personalidad y los derechos que la constituyen varian segun que varía el *estado* de cada uno, de aquí que, léjos de ser indiferente al Poder público el conocer ó ignorar el estado de todos y cada uno de los individuos que se agrupan á su alrededor, tiene una necesidad imperiosa de conocerlo, para poderles discernir sus derechos respectivos; el orígen, pues, del Registro civil está en esa necesidad imperiosa é imprescindible, y á proporcion que la vida de un pueblo sea más extensa y perfecta, más perfecto y acabado será el *Registro*, que deberá abrazar todos los actos importantes de la vida civil.

2. Opinan algunos autores que en la antigüedad fué desconocida esta institucion, si bien confiesan que en Roma se vislumbraba algo de ella desde los tiempos de Servio Tulio, y que olvi-

dada, fué restablecida por Marco Aurelio. No estamos conformes con esta apreciacion; creemos más exacto decir que no ha llegado hasta nosotros noticia alguna de la existencia de Registros en la generalidad de los pueblos antiguos; pero creemos al mismo tiempo que sería muy raro el que no le tuviesen, y nos fundamos, para creerlo así, en que siendo precisamente las cuestiones de ciudadanía y de familia mucho más graves, trascendentales é importantes en pueblos, que sólo por esta razon concedian la personalidad, y que consideraban como si no existiesen á los que estaban fuera de la égida protectora de la nacionalidad, que entre los pueblos modernos, en que sobre la cualidad de ciudadano está la de hombre, debian allí ser muy cuidadosos de fijar la gran condicion de existencia, base y orígen del Derecho, la nacionalidad de cada hombre y de cada familia, más aún dentro de una misma las diferentes residencias.

3. Respecto á Roma la cuestion varía, porque no es mucho más conocida su manera de ser social, política y civil; no fué en ella solamente ese principio de *Registro*, debido á Servio Tulio, lo que se conoció, no; Roma tuvo un REGISTRO CIVIL mucho más extenso y más perfecto que el conocido hasta ahora en los pueblos modernos; tuvo el REGISTRO CIVIL ACTIVO DE LAS PERSONAS Y DE LA PROPIEDAD, que fué el *Censo*, con carácter político, social y civil, tan importante y autorizado, que es sabido que de él dependia el *estado* de las personas; tan respetable y apreciado, que el no inscribirse en él el ciudadano, no sólo ocasionaba la pérdida de todos sus derechos como tal, sino lo que es más, el *incensi* se hacía esclavo. Verdad es que cuando la ciudadanía perdió su importancia, ya por la extension que Caracalla dió á esta cualidad, ya porque no tenía las ventajas que en tiempos anteriores, y cuando, merced á la mala administracion del Imperio, las tierras quedaron yermas, ó se entregaron para su cultivo á los bárbaros, el *Censo* cayó en completo olvido; pero es innegable la importancia é influencia que tuvo en los buenos tiempos de la gran ciudad.

4. A este gran Registro nacional hay que agregar los registros particulares que cada familia llevaba, y que, dada la constitucion especial de la familia romana, tenian un carácter muy pronunciado de autenticidad.

5. Que á la caida del imperio romano, que durante la época

bárbara y agitada de la Edad Media, se olvidase por completo institucion tan útil y necesaria, cosa es que fácilmente se comprende, como se comprende tambien sin grande esfuerzo el por qué la Iglesia, que en los pueblos católicos toma al hombre en la cuna para no abandonarle hasta más allá del sepulcro, fué la que se encargó de llevar el registro de los tres más grandes acontecimientos de la vida; el nacimiento, el matrimonio y la muerte; puede asegurarse que en esto, como en otras muchas cosas, no sólo la Iglesia prestó un gran servicio á la sociedad civil, sino que los registros parroquiales, especialmente de algunos siglos acá, han estado llevados con alguna regularidad y exactitud y con mucha probidad.

6. No bastaba ya con esos registros, en que sólo tres grandes actos se inscriban, dejando olvidados muchos muy importantes de la vida, de que el Poder social no puede prescindir; con tanto más motivo, cuanto que, pudiendo existir hoy en España muchos individuos que no pertenezcan al culto católico y que, sin embargo, son españoles, se hace necesario darles medios de comprobacion de su estado, independientes de la autoridad eclesiástica, y sólo bajo la direccion de la civil; estas consideraciones, entre otras, dieron orígen á la Ley provisional del Registro civil, creado por la de 2 de Junio de 1870.

7. Basta fijarse un momento en el contexto de esa ley para comprender su altísima importancia; merced á ella se define el *estado* civil y político en las dos más capitales manifestaciones, la ciudadanía y la familia, marcándose cuantas modificaciones, cambios y variaciones puedan con ellas relacionarse; desde el momento en que el hombre abre los ojos á la luz se comienza la historia activa y gráfica de su existencia, relacionándola con el Estado y con todos sus miembros de una manera natural y sencilla, al par que vasta, detallada y profunda, dando garantías al individuo inscrito, y proporcionándolas á todos los demas.

8. Su necesidad fácilmente se comprueba con sólo tener en cuenta que es necesario conocer al hombre para saber qué clase de derechos debe gozar, hasta qué punto y en qué formas le ha de amparar y proteger el Poder social, y cuáles son las relaciones civiles y políticas que entre él y los demas pueden existir, así como que debiendo inscribirse en el Registro, entre otras cosas, los nacimientos, matrimonios y defunciones, hechos que hoy pue-

den tener lugar con entera independencia de la autoridad eclesiástica, que es indispensable poder fijar, y que en muchos casos no se podrian inscribir en los antiguos registros parroquiales, era necesario otra institucion, que unas veces los sustituyese, y otras los completase. Ademas, se trata de la vida social, política y civil de los hombres, y es natural que el movimiento de ésta se halle encomendado á la autoridad política y civil. Quizá sería muy conveniente para la institucion nuevamente creada, que existiese un acuerdo entre las dos potestades, que ambas se auxiliasen y marchasen unidas; tal vez de hecho esto se ha conseguido hoy, pero legalmente áun no se ha realizado este acuerdo.

9. En la LEY PROVISIONAL citada y en el *Reglamento* dado para su ejecucion están insertas todas las disposiciones referentes á esta importantísima materia, objeto de nuestros estudios. Naturalmente la ley comienza por organizar un centro de accion del cual irradie, digámoslo así, todo lo concerniente á la Institucion, y que sea su regulador supremo, señalando al par quiénes han de ser los funcionarios que dependientes de ese centro secunden con fruto sus prescripciones y las de la ley.

10. La antigua Direccion del Registro de la propiedad es el centro de accion del Registro civil, y se denomina Direccion general de los Registros civil y de la Propiedad y del Notariado (1). Los funcionarios encargados de llevar el Registro, que es obligatorio desde 1.° de Enero de 1871, y el único medio de probar legalmente todos los actos que á la personalidad corresponden (2) en general, son:

1.° La Direccion general por medio de un oficial.

2.° Los Jueces municipales, asistidos de sus secretarios, en la Península y Canarias.

3.° Los Jefes de legacion, cónsules, vice-cónsules y agentes consulares, asistidos de los secretarios ó cancilleres.

En casos especiales desempeñarán las funciones de encargados del Registro:

1.° Los Contadores de buques de guerra.

2.° Los capitanes ó patrones de los mercantes.

---

(1) *Ley del Registro civil* de 2 de Junio de 1870, y *Reglamento* de 13 de Diciembre de 1870, art. 1.°

(2) Real decreto de 13 de Diciembre de 1870, y órden de la Direccion de 26 de Diciembre de 1870.

3.° Los Jefes con mando activo en el ejército.

4.° Los Jefes de lazaretos ú otros establecimientos análogos.

11. El Jefe supremo es el Ministerio de Gracia y Justicia, y su inmediato inferior el Director general de los Registros y oficial de la Direccion general, á quienes obedecerán los encargos del Registro, cuyas funciones son:

1.ª Recibir todas las solicitudes y documentos que se les entreguen concernientes al estado civil.

2.ª Redactar las anotaciones, inscripciones ó asientos que deban inscribirse.

3.ª Cuidar de la custodia del Registro y documentos que á él se refieran.

4.ª Expedir certificaciones de lo que conste en el Registro, y negativas de lo que no se halle en él.

5.ª En fin, desempeñar cuanto por las leyes les corresponda (1).

Los encargados no podrán delegar sus funciones, que en caso de enfermedad ó impedimento por parentesco serán desempeñadas por el que está llamado á sustituirlos (2).

12. Hemos visto á qué funcionarios corresponde llevar el *Registro;* veamos ahora cómo y en qué casos corresponde á cada uno formalizar las inscripciones, lo cual depende del distinto domicilio de los que las intenten; así, pues, en general deberán inscribirse en los libros:

1.° *De la Direccion general:* todos los actos concernientes al nacimiento, defunciones y ciudadanía de aquellos que no tienen domicilio fijo y conocido en España, en la forma y casos siguientes: los nacimientos de hijo de español y de militares en el extranjero; los ocurridos en la mar en un buque español: los matrimonios *in articulo mortis* de militares, ó los celebrados por contrayente ó contrayentes españoles en el extranjero; los *in articulo mortis* á bordo de buque español en viaje; las defunciones de militares en campaña, las de españoles en el extranjero ó á bordo de buque español: respecto á la ciudadanía, las cartas de naturaleza, las declaraciones de opcion por la nacionalidad española, de los nacidos en el extranjero de padre ó madre españoles,

(1) Artículos 1.°, 2.°, 3.° y 5.° del *Reglamento* citado.

(2) Artículos 4.° y 6.° del *Reglamento* y 22 de la *Ley*.

de recuperarla los que la han perdido, ó los hijos de éstos, ó la española viuda de un extranjero; y, en fin, las ejecutorias de nulidad ó divorcio de matrimonio inscrito en este Registro (1). Corresponde tambien á la Direccion general llevar el registro del estado civil de la familia Real, para lo cual se creó un Registro especial á cargo del Ministro de Gracia y Justicia, cuyo Secretario será el Director general de los Registros civil y de la propiedad y del Notariado. Constará de tres volúmenes, que se llevarán por duplicado, el uno para nacimientos, para matrimonios el segundo, y el tercero para defunciones; estos libros deberán tener todos los requisitos marcados en los artículos 6.° y 7.° de la Ley del Registro y 11 del Reglamento. Uno de los ejemplares existirá siempre en el Ministerio de Gracia y Justicia, Direccion general del ramo, y el otro se entregará al Mayordomo mayor de Palacio para que le mande archivar. Cuando la inscripcion de nacimiento se refiera á los hijos del Rey, se extenderá al mismo tiempo que el acta de presentacion al Cuerpo diplomático, y contendrá las circunstancias marcadas en los artículos 16, 20 y 48 de la Ley, y 21 y 34 del Reglamento. El Rey designará las dos personas que han de servir de testigos. El Ministro de Gracia y Justicia expedirá dos certificados del acta, que se remitirán á los Cuerpos Colegisladores (2).

2.° *De los Jueces municipales* correspondientes, siempre que sea conocido el domicilio: los nacimientos ocurridos en territorio español, áun los anteriores á 1.° de Enero de 1871, prévio expediente (3); los ocurridos en viaje por mar ó en el extranjero; los matrimonios celebrados en territorio español ó en el extranjero por españoles ó extranjeros segun sus leyes, que fijen su domicilio en España; los *in articulo mortis* de militares en campaña, en el extranjero ó en viaje por mar; las ejecutorias de nulidad ó divorcio; las defunciones en territorio español, de los militares en campaña ó las ocurridas en la mar; respecto á la ciudadanía, ademas de las dichas en el párrafo anterior, las de nacidos en España de padres extranjeros ó madre española que opte por la nacionalidad, ó de los extranjeros, manifestando querer fijar en

(1) *Ley provisional*, art. 2.°, casos 1.° al 15.

(2) Real decreto de 22 de Enero de 1873.

(3) *Ley provisional*, art. 3.°, caso primero, y Orden circular de 1.° de Marzo de 1871, disposicion 6.ª

nuestro territorio su domicilio, variarlo ó justificar haber ganado vecindad; las ejecutorias en que se rectifiquen alguno de estos actos; y en fin, la real órden ó sentencia firme que autorice cambio, modificacion ó adicion de nombre y apellido (1).

3.° *De los Agentes diplomáticos y consulares:* los nacimientos de hijos de españoles; los matrimonios entre españoles ó español que quiere conservar su nacionalidad y extranjero; las defunciones de españoles; las declaraciones de éstos, que queriendo conservar su nacionalidad residen en país donde por este solo hecho se adquiere nacionalidad, y las de opcion ó recuperacion de nacionalidad.

13. En especial corresponderá inscribir:

1.° Al *Contador* de buque de guerra ó al *Capitan* ó *patron* del mercante en el diario de navegacion y actas aparte, los nacimientos ocurridos en el buque, matrimonios *in articulo mortis* y defunciones (2).

2.° *Al Jefe militar* con mando activo: los nacimientos de hijos de militar en campaña en el extranjero; los matrimonios *in articulo mortis*, las defunciones en tiempo de paz, dando parte al juez municipal donde ocurran y remitiendo las filiaciones del difunto, en tiempo de guerra en el extranjero ó país español en poder de enemigos, poniéndolo en conocimiento del Ministerio de la Guerra (3).

3.° *Al Jefe de lazareto*, cárcel, hospital ú otros establecimientos análogos, de los nacimientos ocurridos en lazaretos, matrimonios *in articulo mortis* y defunciones (4).

14. El *Registro civil* se llevará en España en libros talonarios formados bajo la inspeccion de la Direccion general del Registro, uniformes en toda la Península; se encabezarán con una diligencia comprensiva de la seccion y registro á que correspondan, número de fólios que contienen y fecha de la diligencia. Los de los Agentes diplomáticos y consulares podrán ser de forma comun, pero rubricadas todas sus hojas por el funcionario encargado y

---

(1) *Ley provisional*, art. 3.°, casos 2.° al 17.

(2) *Ley provisional*, artículos 55, 56, 57, 72, 87, y *Reglamento* para su ejecucion, art. 57.

(3) *Ley provisional*, artículos 59, 71, 89, 90.—*Reglamento*, art. 57.

(4) *Ley provisional*, art. 47, casos 5.°, 6.°, 7.°, artículos 49, 50, 54, 81.—*Reglamento*, art. 57.

sellándolas con el de la oficina que los lleve; la diligencia de apertura antedicha se autorizará respectivamente por el Director y oficial del Negociado, en los de la Direccion; el Juez municipal y su secretario, en los juzgados, y por el agente diplomático ó consular y cancilleres, los que se llevan en el extranjero (1). En todos los libros será uniforme el órden, modo y forma de los asientos. En la Direccion general se llevará, para cada una de las secciones, un libro particular, en que se anotarán las inscripciones, actas y declaraciones que deben remitírsele para que las mande inscribir en los Registros municipales correspondientes. Cuando se llenen todos los fólios se cerrarán, y tambien los duplicados, aunque queden en ellos algunas hojas en blanco (2). Anualmente se extenderá, inmediatamente despues del último asiento, un resúmen circunstanciado del número de inscripciones, fechas, personas á que se refieran, con expresion de la edad, sexo, estado y demas circunstancias que exige la Direccion, autorizado por los encargados del Registro y secretarios; una copia se remitirá al Presidente del Tribunal de partido: de los de los Agentes consulares y diplomáticos, á la Direccion. Todos los libros se satisfarán, así como los gastos que se ocasionen en cada Juzgado municipal por estos conceptos, con los derechos señalados en el arancel; serán responsables al pago los Ayuntamientos (3). Los Presidentes de los Tribunales de partido los entregarán á los Jueces municipales, encabezándolos ántes con la diligencia de apertura indicada, que firmarán y autorizarán. Los encargados podrán llevar todos los libros auxiliares que quieran ó que les prescriba la Direccion (4).

15. Todos los asientos estarán autorizados con las firmas de los encargados respectivos y sus secretarios, y sellados con el sello de la oficina correspondiente (5).

16. Al ocuparnos en los párrafos anteriores de los libros y asientos del Registro, hemos tenido necesariamente que hacerlo de algunas de las condiciones necesarias para su *autenticidad*, por

(1) *Ley provisional*, art. 6.°, 9.°
(2) *Reglamento*, artículos 9.°, 10, 11, 12.
(3) *Reglamento*, artículos 13, 14, 16, 17.
(4) *Reglamento*, art. 24.
(5) *Ley provisional*, art. 14, 15.

más que hemos de ocuparnos de ella con más detencion; pero ántes veamos en qué *secciones* se divide el Registro.

La ley no ha podido ménos de considerar que todos los estados del hombre, así en la vida civil como en la social y política, dependen, puede decirse, de cuatro actos importantísimos, á saber: el *nacimiento*, por el cual el hombre hace su aparicion en el mundo, pero ya con distintas condiciones sociales y civiles; el *matrimonio*, por virtud del que va á crear una familia, y por lo tanto, á modificar su *estado* y sus derechos; la *ciudadanía*, por la que está ó no sometido á las leyes generales del país, y por último, la *muerte* ó *defuncion*, que, si bien borra á una *persona* del cuadro de la existencia, crea nuevos *derechos* y nuevas obligaciones, ó deja aún subsistir las creadas.

Por eso el *Registro civil* en España se divide en cuatro secciones, que se denominan:

De *nacimientos* la primera,

De *matrimonios* la segunda,

La tercera de *defunciones*, y

La cuarta de *ciudadanía*, y que deben llevarse, para mayor acierto y claridad, en libros distintos (1).

Hasta aquí, si se exceptúa la cuarta seccion, el Registro no ha hecho más que seguir en la forma, que no en el fondo, como verémos luégo, á los antiguos registros parroquiales; pero no solamente crea la cuarta seccion de que aquéllos no se ocuparon nunca, y que si es poco importante para la Iglesia, es importantísima para el Estado, sino que teniendo en cuenta multitud de actos de la vida, más ó ménos graves, pero cuyo conocimiento es necesario porque tienden á fijar y definir perfectamente el estado de las personas, si bien no son tan esenciales como los cuatro ya citados, mandó que de ellos se tomase razon en el *Registro*, y como hay un acto entre los cuatro que forman las secciones, necesario, imprescindible, cual es la inscripcion del nacimiento, en ella manda la ley se hagan todas las inscripciones de referencia (2). En efecto, un hombre puede casarse jóven ó viejo, ó no casarse; puede no cambiar de ciudadanía; pero ha nacido y ha de morir; por lo tanto, estas dos inscripciones han de existir

(1) *Ley provisional*, art. 5.°
(2) *Ley provisional*, art. 60.

siempre en el *Registro:* en la primera, pues, deben hacerse todas las anotaciones que forman, digámoslo así, la vida social y civil del hombre. Muy á menudo se hallarán en la partida del nacimiento referencias á las otras secciones del Registro, que, convenientemente consultadas, completarán esa historia que el legislador quiere que exista viva, clara y constante, de cada uno de los individuos que forma parte de la sociedad.

17. Veamos ahora qué medios ha adoptado la ley para que una institucion tan importante como la que nos ocupa tenga todas las garantías posibles de verdad: fijemos la *autenticidad* del *Registro*, y de sus *asientos*, y tratarémos de hacerlo con la mayor posible concision.

18. *Autenticidad del Registro.* Con objeto de conseguirla, no sólo rodeándolo de garantías, sino haciendo muy difíciles las suplantaciones, fraudes y falsedades, se ha mandado, como hemos visto, que los libros sean talonarios, uniformes y formados por la Direccion del ramo; se ha creado ésta como centro de unificacion y de accion, como custodia constante de la severidad y acierto de los encargados subalternos; se ha mandado que los libros se lleven por duplicado y con índices alfabéticos; que estén autorizados en la forma que hemos visto al abrirse; que se cierren anual y definitivamente con las mismas solemnidades; que sólo por justa causa pueda moverse un libro del lugar donde radica; que caso de que alguno de los ejemplares sufra extravío ó se destruya, se saque del que quede copia certificada con citacion prévia de veinte dias en todas las cabezas del término municipal y del partido, embajada ó consulado, para hacer el cotejo, anunciándose el dia, hora y lugar en que ha de tener efecto, y presenciándolo uno de los Jueces del Tribunal de partido y el Fiscal ó dos testigos, españoles y mayores de edad, en los registros diplomáticos y consulares. El libro en que se haga la nueva copia será tambien talonario, pedido á la Direccion á costa del que causó el daño, ó cargo de los productos del Registro; que todos los asientos se firmen por el encargado y su secretario, interesados y dos testigos mayores de edad, se sellen con el de la oficina respectiva, prévia lectura é inmediata inscripcion en el duplicado, que, leida y cotejada, se firmará por los mismos que firman la original: que las equivocaciones se salven al final del asiento, de la misma letra y puño del que lo escribió; que firmada no se

pueda alterar sino por sentencia ejecutoria dada con audiencia del Ministerio público; que si se suspende una inscripcion, al continuarla se exprese la causa y dobles notas de referencia; que los funcionarios encargados del Registro no puedan actuar en negocios referentes á sí propios, á sus parientes ó afines en línea recta ó segundo grado de la colateral; que los asientos se hagan en letra clara, y las tachaduras se puedan leer siempre, expresándose en letra las cantidades; que los asientos vayan correlativamente numerados y seguidos; el primer asiento irá inmediatamente despues de la diligencia de apertura; ántes de archivarse los duplicados serán examinados por el Presidente de tribunal de partido, por la Direccion si se hubieren llevado en el extranjero; que de los resúmenes anuales se remitan copias á los Tribunales y Direccion en sus casos respectivos, y que los Agentes diplomáticos y consulares remitan copias de las inscripciones que hagan á la Direccion, y ésta las reproduzca literalmente en su registro, ó las remita, en su caso, á los Jueces municipales (1).

19. Lo dicho basta para convencerse del cuidado escrupuloso que ha puesto la ley para conseguir que el Registro tenga la mayor posible autenticidad.

20. *Autenticidad de las inscripciones.* No bastaba, por cierto, con dar la mayor autenticidad al Registro, si no se hacía lo propio con las *inscripciones* hechas en él, documentos y certificados á las mismas referentes, y por eso se dispone, tanto en la ley como en el reglamento, que en ella se exprese (2):

1.° El lugar, hora, dia, mes y año de la inscripcion.

2.° Los nombres y apellidos del encargado del Registro y del que haga de secretario.

3.° Los nombres y apellidos de las partes y testigos, y los de sus apoderados si no concurren personalmente; edad, diciéndose *mayor de edad* si lo es, pero si no, expresándola con exactitud y marcando el dia del nacimiento, si se hubiese presentado certificacion; estado; naturaleza; consignando el nombre del pueblo donde ha nacido la persona, el del término municipal y provincia á que corresponda; el dia en que se haga el asiento; profe-

(1) *Ley provisional*, artículos 6.°, 7.°, 9.°, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 23, 24, 25.—*Reglamento*, artículos 9.°, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20.
(2) *Ley provisional*, art. 20.

sion ú oficio; en las mujeres que no le tengan especial, se dirá *dedicada á las ocupaciones propias de su sexo;* domicilio, del mismo modo que al expresar la naturaleza, pero añadiendo la calle y número de la casa que habitase.

4.° Las circunstancias expresamente requeridas ó permitidas por las leyes, pero no las que por vía de observacion ú otro motivo creyesen oportuno consignar el juez ó cualquiera de los asistentes (1).

Si la inscripcion se hace por medio de apoderado, deberá serlo en virtud de poder auténtico y especial.

Las inscripciones deberán ir firmadas y selladas en la forma que hemos dicho en el párrafo 18, y rubricadas las hojas en que se inscriban por quien corresponda.

21. *Autenticidad de los documentos.* Los documentos necesarios para hacer anotaciones deberán ser *auténticos*, esto es, dados por quien tiene derecho; los concernientes á los libros parroquiales deberán ser expedidos por los párrocos ó los que hagan sus veces, á peticion de los interesados ó del Juez municipal, dentro de las veinticuatro horas siguientes á la peticion, devengando los derechos de Arancel ó de costumbre; si el párroco lo rechazase ó exigiese más derechos, se hará constar y remitir al Tribunal de partido para que sea penado. Si no existiesen por haber desaparecido del archivo, se hará constar el hecho y se suplirán las partidas por informacion testifical ante el Tribunal de partido, con citacion y audiencia fiscal, y sin perjuicio de tercero (2).

Si los documentos proceden de punto fuera de la demarcacion del Tribunal de partido respectivo, deberán legalizarse por el de cuya demarcacion procedan, extendiéndose la legalizacion al pié del documento con la fórmula «visto y legalizado por el Tribunal», y firmando el secretario con el V.° B.° del Presidente y sello del Tribunal.

Si proceden del extranjero, ademas de las formalidades propias del país donde han tenido lugar, deberán estar visados por un Agente diplomático ó consular español (3).

---

(1) *Ley provisional*, artículos 20, 21.—*Reglamento*, art. 21.

(2) *Ley provisional*, art. 27.—*Reglamento*, art. 25.—Real órden de 12 de Febrero de 1871.

(3) *Ley provisional*, art. 27.—*Reglamento*, art. 26.

Si los documentos se hallan escritos en idioma extranjero ó dialecto del país, se les unirá la traduccion al castellano, debiendo certificar de su exactitud el Tribunal que los hubiese legalizado ó la Interpretacion de lenguas del Ministerio de Estado. Deberán ademas estar rubricados en todas sus hojas por el jefe de negociado de la Direccion, secretario de los Juzgados, canciller de Embajada ó Consulado, ó en su defecto, por los mismos Agentes y por la persona que los aduzca, ó testigo que haya de firmar á su ruego la inscripcion. Rubricados los documentos, se conservarán enlegajados por secciones, numerados y convenientemente ordenados, encerrados los correspondientes á cada inscripcion en una carpeta especial en que se exprese el número de órden y la clase de los que contenga; al fin de cada año, y siempre que se cierre un registro, se hará por carpetas un índice duplicado de los documentos relativos al Registro, y un ejemplar se archivará miéntras el otro se remitirá al Tribunal de partido. Los Agentes diplomáticos lo harán á la Direccion: de los libros y documentos existentes en cada registro se hará un inventario detallado, que servirá para hacer la entrega cuando un registro varíe de encargado (1).

22. Los encargados de los Registros deberán expedir certificaciones á cualquiera que las solicite:

1.° Del asiento que se designe.

2.° De los documentos presentados para hacer inscripciones que consten en el Registro.

3.° De no existir asientos ó documentos.

4.° De la vida, domicilio y estado de las personas, en cuanto consten al encargado, ya por la inscripcion, ya por los datos que suministre la Administracion municipal. Contendrán: la copia literal del asiento, con todas sus notas marginales, y la fecha en que se expidan, libro y fólio de donde se saquen, firmas y sellos con que estén autorizados, y persona ó autoridad á cuya peticion se libran. Sólo harán fe las certificaciones expedidas por los encargados respectivos del Registro en cuanto á éste concierne. No se podrá dar certificacion sino con referencia al libro matriz. Y sólo al que se debe archivar en el Tribunal de partido, cuando en el ejemplar existente en el Juzgado no se halle el asiento, no es-

(1) *Ley provisional*, artículos, 28, 29.—*Reglamento*, artícu'os 25, 26.

tén conformes los documentos, ó se haya perdido ó destruido el ejemplar matriz, aunque se haya sacado la copia prevenida, pues entónces se convierte en original el depositado en el Tribunal. Las expresadas certificaciones se extenderán en papel de oficio, y grátis si el que las solicita es pobre, ó se expiden por órden de alguna autoridad, sin peticion del interesado (1). Las certificaciones de fe de vida para el percibo de los haberes de clases pasivas se expedirán en papel blanco y grátis, si no exceden de quinientas pesetas al año, y si exceden, cobrarán con arreglo á la tarifa expresada en el art. 77 del Reglamento (2).

23. El Registro será *prueba* del estado civil de las personas en todos aquellos actos que tengan lugar desde que la *ley* comenzó á regir, dejando de tener valor ante esta *prueba* todas las demas que consistan en documentos públicos ó partidas del Registro eclesiástico, á no demostrarse que no han existido las inscripciones, ó que se han destruido los ejemplares de los libros en que esos actos debieron inscribirse, en cuyo caso, así como para actos anteriores á la ley, están vigentes todos los medios de prueba conocidos y aceptados. Establecida la libertad religiosa por la Constitucion de 1869 y ántes de promulgarse la ley del Registro, podia haber actos del estado civil que no estuviesen registrados en los archivos parroquiales, y por lo tanto, que no pudieran probarse ; á esto se proveyó mandando que se pudiesen trascribir al Registro civil, aunque hubieran acaecido ántes de su existencia, pero despues de promulgada la Constitucion (3).

24. Ya hemos dicho que es de absoluta necesidad hacer inscribir en los libros del Registro los actos todos más importantes de la vida; con relacion á ellos hemos visto que el Registro se dividirá en cuatro secciones que se llevan en libros separados, y vamos á ocuparnos ahora de las inscripciones en cada seccion respectiva.

25. Registro de nacimientos. La inscripcion del nacimiento de un hombre en el *Registro civil* puede decirse que es el ingreso de un sér á la vida activa, política y civil. En tanto es hombre,

---

(1) *Ley provisional*, artículos 30, 31, 32, 33.—*Reglamento*, artículos 75, 76, 77.

(2) *Ley provisional*, art. 35.—*Reglamento*, art. 77.—Reales órdenes de 12 y 20 de Febrero, 7 de Setiembre y 3 de Octubre de 1871.

(3) *Ley provisional*, artículos 35 y 36.—Orden de 28 Febrero 1873.—Decreto de 1.° Mayo 1873, art. 5.°

legalmente hablando, en cuanto ha entrado á formar parte del gran todo que se llama nacion, y hecho constar de una manera fija é indeleble su existencia, y como este hecho es la base de todos cuantos en la vida pueden ocurrir y ser objeto del *Registro*, de aquí que se hayan exigido todas cuantas formalidades se han creido necesarias para conseguir seguridad y garantía.

Comiénzase, pues, por hacer obligatoria la inscripcion dentro de los tres dias del nacimiento, que comenzarán á contarse desde las doce de la noche del en que se verificó, á no mediar fuerza mayor, en cuyo caso se esperará que cese, ó distar el lugar del nacimiento más de dos kilómetros del en que radique el Registro, por cuya causa se podrá prorogar la presentacion hasta los ocho dias. Presentado el recien nacido al encargado del Registro, éste deberá hacer la anotacion é inscripcion en el acto, sin que permanezca en el local del Registro más tiempo que el preciso para el reconocimiento, que podrá practicarse fuera del lugar en donde está el Registro, si hubiere temor de daño para la salud del recien nacido ú otra causa grave, debiendo justificarse el peligro con certificacion del facultativo titular, forense ó designado por el funcionario encargado del Registro. Si el niño fuese presentado pasados los tres dias del nacimiento ó de haber sido hallado, si le abandonaron, el encargado del Registro rehusará hacer la inscripcion; pero por la parte interesada ó por el Ministerio fiscal se presentará solicitud pidiendo la inscripcion y exponiendo las causas de no haberla verificado á tiempo, y ofreciendo informacion acerca del dia, hora y lugar del nacimiento, y filiacion del recien nacido, tramitándose el expediente conforme á lo prevenido en la ley de Enjuiciamiento civil, dándose vista al Promotor fiscal para que emita dictámen, y dictando el Juez sentencia, ordenando ó denegando la inscripcion: de aquélla se expedirá testimonio cuando sea firme; y se remitirá al Juez municipal, que si es concediendo la inscripcion, la anotará en ésta (1).

26. *Personas obligadas á hacer la presentacion é inscripcion.* Tienen esta obligacion, y en el órden que expresarémos:

1.° El padre.

2.° La madre.

---

(1) *Ley provisional*, artículos 45, 46.—*Reglamento*, artículos 31, 32, 33.—Orden circular de 1.° de Marzo de 1871, números 1, 2, 3, 4, 5 y 6.—Decreto de 1.° de Mayo de 1873.

3.° El pariente más próximo mayor de edad de los que se hubiesen hallado en el alumbramiento.

4.° El facultativo ó partera que hayan asistido al parto, y en su defecto, todo aquel que lo hubiese presenciado.

5.° El jefe del establecimiento público ó cabeza de casa donde haya ocurrido, si ha sido en sitio distinto de la habitacion de los padres.

6.° En los abandonados, las personas que los recojan.

7.° En los expósitos, el jefe de la casa en donde haya tenido lugar la exposicion.

Ya hemos dicho lo que acontece cuando se deja pasar el término prefijado para hacer la presentacion, debiendo añadir que las personas obligadas á hacerla, si no cumpliesen su obligacion, incurrirán en la multa de cinco á diez pesetas, y el doble en las reincidencias, y que los expedientes para promover inscripciones, incoados á peticion fiscal, se instruirán grátis; pero si el culpable de la no inscripcion no pudiese pagar la multa, se le hará sufrir una detencion á razon de un dia por cada cinco pesetas, sin perjuicio de las penas á que como reos de desobediencia estén sometidos (1).

27. *Circunstancias de la inscripcion.* Ademas de las generales mencionadas en el párrafo 20, la inscripcion de nacimientos deberá contener:

1.° Acto de la presentacion.

2.° Nombre, apellido, edad, naturaleza, domicilio, profesion ú oficio del que presenta, y razon de por qué lo hace; segun todo lo dicho en el párrafo citado.

3.° Hora, dia, mes, año y lugar del nacimiento.

4.° Sexo del recien nacido usando de las palabras *un niño* ó *una niña*.

5.° Nombre que se le haya puesto ó se le vaya á poner; en este caso el que haga la presentacion indicará el nombre, pero el Juez cuidará de que no sea extravagante ni impropio de personas, ni que se conviertan en nombres los apellidos; dándole un nombre y apellido usuales, si no tuviese padres conocidos, y respetando los que se indiquen para el expósito, si se señalan

---

(1) *Ley provisional*, artículos 47 y 65.—*Reglamento*, art. 36.—*Código penal*, art. 265.—Orden circular de 1.° de Marzo de 1871, números 11 y 12.

en algun documento hallado con él y la indicacion no fuese inconveniente.

6.° Si se presentaren dos niños gemelos se harán dos inscripciones, expresando la hora en que nació cada uno si fuese conocida, y caso contrario, que se ignora.

7.° Los nombres, apellidos, naturaleza, domicilio, profesion ú oficio de los padres y abuelos paternos y maternos, si pueden ser designados, y su nacionalidad, no expresándose nunca, ni respecto á nadie, títulos ni distinciones cuya posesion legal no conste ó se justifique competentemente en el acto.

8.° La legitimidad ó ilegitimidad, si constáre; pero sin expresar su clase, á no ser la de legalmente naturales: considerándose legítimos los nacidos de constante matrimonio y en tiempo legal, y no pudiéndose expresar nada en contrario, sino mediante ejecutoria de Tribunal competente, y en cuanto á los ilegítimos, no se podrá expresar el nombre de sus padres y abuelos paterno y materno, á no ser que el padre por sí ó por apoderado, con poder especial, haga la presentacion y declaracion de su paternidad (1).

Algunas de estas circunstancias tienen que variar necesariamente cuando se trata de los niños abandonados ó expósitos, en cuyo caso, en vez de las circunstancias 3.ª, 7.ª y 8.ª (2), se pondrá:

1.° La hora, dia, mes, año y lugar donde fué hallado el niño.

2.° Edad aparente.

3.° Señas particulares y defectos de conformacion.

4.° Documentos ú objetos hallados sobre él ó á su inmediacion, vestidos ó ropas, y demas circunstancias que se crea conveniente conservar, que si fuesen documentos se enlegajarán, y si objetos de fácil conservacion se custodiarán en el archivo, pero marcándolos para que siempre puedan ser reconocidos.

Si se presentase al encargado del Registro el cadáver de un recien nacido, manifestándole que la muerte ha ocurrido poco despues del nacimiento, se hará constar por declaracion verbal del facultativo, si ha muerto ántes ó despues de nacer, y por declaracion de los interesados la hora de ambos acontecimientos;

(1) *Ley provisional*, artículos 20, 48, 29, 51, 52.—*Reglamento*, artículos 21, 3[illegible]

(2) Que son la 3.ª, 6.ª, y 7.ª del art. 48 de la *Ley provisional*.

de todo se hará mencion en la inscripcion de nacimiento, y haciendo otra inmediatamente en el libro de las defunciones (1).

Cuando el nacimiento tuviere lugar en un lazareto, el jefe del del establecimiento dentro de las veinticuatro horas, y con asistencia del padre y de dos testigos levantará un acta por duplicado en que se expresen todas las circunstancias indicadas; un ejemplar se remitirá al Juez municipal del distrito en que esté situado el lazareto, y otro quedará archivado en el mismo establecimiento (2).

Si el nacimiento tuviera lugar en un buque nacional, el patron ó capitan si es mercante, ó el contador si es de guerra, formalizarán las actas é insertarán copia de ellas en el diario de navegacion, entregándolas á la autoridad judicial superior del primer puerto á donde arribase, si fuese español, por ante notario público que dará fe y testimoniará el acta; los dos ejemplares se remitirán á la Direccion general en distintos correos para que la haga inscribir en su registro, si ninguno de los padres tuviere domicilio conocido, ó remitirá al Juez municipal correspondiente: si ántes que en territorio español tocase en puerto extranjero, entregará un ejemplar al Agente diplomático ó consular, y se reservará el otro para entregarlo en el primer puerto español en que tocáre. Si no existiesen en el puerto extranjero Agentes españoles se reservarán las actas hasta el punto en que los haya (3).

Los nacimientos en el extranjero se deberán inscribir en los registros de nuestros agentes diplomáticos ó consulares del punto más próximo al del nacimiento, ó enviando copias duplicadas y auténticas de la inscripcion hecha ante las autoridades del país, el Agente español una vez practicada la inscripcion enviará un ejemplar del acta á la Direccion general de los Registros (4).

Los nacimientos de hijos de militares se inscribirán en el registro del pueblo donde tuvieren lugar, y si nacieren en el extranjero y en tiempo de guerra se levantarán por el jefe del cuerpo dos actas, que por conducto del Ministerio de la Guerra se remitirán á la Direccion general de los Registros.

---

(1) *Ley provisional*, artículos 49, 50, 53.—*Reglamento*, art. 34, aclaracion 3.ª, §§ 2.° y 3.°

(2) Id., id., art. 54.

(3) Ley del *Registro civil*. art. 55, 56 y 57.

(4) Id., id., id., art. 58.

28. *Anotaciones marginales.* Hemos dicho que el *Registro civil* está destinado á ser la historia viva del estado civil y político de cada individuo, y que siendo la partida de nacimiento la que le da entrada en el mundo político y civil, en ella deben encontrarse las referencias á todos los accidentes de la vida : así, pues, al márgen de cada partida de nacimiento, en el libro que haya de archivarse en la oficina del Registro, se anotarán sucintamente, y en caractéres diminutos, aunque claros :

1.° Las legitimaciones.

2.° Los reconocimientos de hijos naturales.

3.° Las ejecutorias de filiacion.

4.° Las adopciones.

5.° Los matrimonios.

6.° Las ejecutorias de divorcio, sin expresar la causa.

7.° Las de nulidad de matrimonio.

8.° La interdiccion de bienes por razon de penas.

9.° Los discernimientos de tutela y curatela.

10. Las remociones de estos cargos.

11. Las emancipaciones.

12. Las naturalizaciones, si con antelacion se hallaban las partidas de nacimiento inscritas.

13. Las dispensas de edad y

14. En general, todos los hechos jurídicos que modificando el estado civil, no deban ser objeto de inscripcion principal.

En la materia de este párrafo llama la atencion, por una parte. que sólo se prescriba la anotacion en uno de los libros; parecia natural que sirviendo los duplicados de prueba y garantía de conservacion del original, en ambos se hiciera, si bien podrá objetarse que de todos los hechos jurídicos enunciados quedan pruebas fuera del Registro, y siempre es fácil rehacer las anotaciones; y, por otra parte, que en el último número se diga que deben anotarse todos los hechos jurídicos que no sean objeto de inscripcion principal, demostrándose así que los enumerados sólo son ejemplos, y dando gran amplitud al registro (1). Si los mencionados actos constan por documento otorgado ante notario público, éste deberá remitir testimonio en relacion al Registro municipal ó de la Direccion donde conste la partida de nacimiento.

(1) *Ley provisional,* art. 60.—*Reglamento,* art. 35.

Si constan por ejecutoria ó decreto de la Administracion superior ó inscripcion en el Registro, cumplirán esta obligacion los tribunales, autoridades ó encargados del Registro, bajo multa de diez á cien pesetas. El encargado del Registro á quien esos documentos se dirijan acusará inmediatamente el recibo (1).

Una vez que los documentos fehacientes se presenten por los interesados, ó se envien por quien corresponda, revestidos de todos los requisitos necesarios, se hará inmediatamente la anotacion. Si tuvieren algun defecto se devolverán á su procedencia para que sea subsanado y no se hará la anotacion. Si los interesados no reconociesen la necesidad de subsanar, y el encargado del Registro insistiese, se consultará con el Presidente del Tribunal de partido, quien resolverá con audiencia fiscal. No constando el nacimiento, se comenzará por copiar á la letra la partida de nacimiento que se presente, expresando que se hace para facilitar la anotacion marginal, concluyendo con la fecha del asiento, haciendo la anotacion, firmándose y sellándose todo en la forma prescrita en general, y conservándose la certificacion de nacimiento que se haya copiado en el Registro (2).

29. Registro de matrimonios. Se inscribirá inmediatamente despues de celebrado un matrimonio el *acta* de su celebracion, firmando el asiento el Juez, los cónyuges, los testigos y el secretario que autoriza, y conteniendo el asiento no sólo las circunstancias comunes á todos, sino ademas expresion del Registro donde esté inscrito el nacimiento de los contrayentes y fecha de la inscripcion, y si ésta no existiese ni constase de libro parroquial, se mencionarán las diligencias practicadas para suplir la falta, y la providencia judicial que haya fijado aquellos antecedentes, nombres, apellidos, naturaleza, estado, profesion y domicilio de los padres y abuelos paternos y maternos, si son conocidos, la legitimidad ó ilegitimidad de los contrayentes, expresando sólo si son naturales ó expósitos, el poder y las condiciones del apoderado, caso que alguno de los contrayentes no concurra por sí, las publicaciones prévias, su dispensa, fecha, y

(1) *Ley provisional*, artículos 61, 62, 63

(2) *Reglamento*, art. 35.

autoridad que la concedió, ó falta de aquéllas, por haberse contraido el matrimonio *in articulo mortis;* justificacion de libertad en los matrimonios de extranjeros ó militares; no existencia de impedimento, ó su dispensa; si hubo denuncia, y fecha de aquélla ó de la providencia desestimando ésta; licencia ó solicitud del consejo tratándose de hijos de familia y menores, ó expresion de haberse prestado en el acto; nombre de los hijos naturales que por el matrimonio se legitiman; nombre y apellido del cónyuge premuerto, si uno de los contrayentes es viudo, y Registro donde se halle la inscripcion; lecturas prévias que segun la ley deben hacerse; declaracion de los contrayentes, y fórmula pronunciada por el Juez de quedar unidos en matrimonio; precedencia del matrimonio religioso, y fecha y lugar de su celebracion, manera de haber prestado su consentimiento el sordo-mudo ó el que no entendiere el español.

Los matrimonios contraidos *in articulo mortis* serán objeto de un nuevo asiento con referencias al primero, tan luégo como se reciba la justificacion de libertad que exige la ley; las ejecutorias de divorcio, nulidad ó enmienda en la inscripcion se anotarán en el Registro donde esté la partida, y en los que contengan las de nacimiento de los contrayentes, hijos del matrimonio anulado ó de partida corregida, ó de los hijos naturales legitimados por el matrimonio en cuestion, á cuyo fin el tribunal sentenciador lo pondrá en conocimiento de los encargados de todos los registros de que se trata (1).

Hoy la materia se ha modificado por virtud del decreto de 9 de Febrero de 1875, y de la Instruccion de 19 del mismo mes y año, que, como verémos más adelante, al derogar la ley del matrimonio civil con respecto á los católicos, ha tenido por necesidad que derogar y variar la forma de la inscripcion de aquellos actos en el Registro civil, si bien quedan vigentes todas sus disposiciones, cuando se trata de los matrimonios otorgados entre los que *ostensiblemente* manifiesten no pertenecer al gremio de la Iglesia. Así, pues, celebrado el matrimonio canónico y expedida por el párroco la fe correspondiente, los interesados la presentarán al encargado del Registro civil del lugar ó distrito á que pertenezca la parroquia, para su transcripcion al Registro, dentro

(1) *Ley provisional*, artículos 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74.

de un plazo que no podrá exceder de ocho dias, desde su celebracion, bajo la multa de cinco á cincuenta pesetas, y ademas, la de una á cinco por cada dia que tarden en verificarlo, pero sin que ésta pueda exceder de cuatrocientas pesetas. La insolvencia se penará con arreglo al art. 50 del Código penal vigente.

Podrán solicitar la inscripcion por sí ó por medio de mandatario con mandato verbal dentro del plazo señalado, los cónyuges y sus padres ó tutores, pero pasado el plazo señalado sin que ninguno lo hubiese hecho, la obligacion y la responsabilidad sólo pesan sobre el marido.

Basta la presentacion de la partida sacramental dentro del plazo, para que se entienda pedida la inscripcion. El plazo comienza á contarse desde el dia siguiente al del matrimonio, y en los secretos, desde que la autoridad eclesiástica autoriza su publicidad.

La partida sacramental se trascribirá literalmente en el Registro, pero ademas se hará constar:

1.° Lugar, hora, dia, mes y año en que se verifique la inscripcion.

2.° Nombre y apellido del encargado del Registro y del Secretario.

3.° Certificado de no constar en el Registro antecedente que impida la trascripcion. Estos datos se anotarán en párrafo separado y ántes de la trascripcion. A peticion de los interesados, y aunque no existan en la partida sacramental, podrán mencionarse las circunstancias 1.ª, 3.ª, 8.ª, 9.ª y 10.ª del artículo 67 de la ley. La trascripcion será gratuita, y los interesados podrán obtener certificado de ella.

Los matrimonios canónicos celebrados miéntras ha regido la ley del Matrimonio civil, pueden inscribirse dentro de los 60 dias de publicada la instruccion. Este plazo, así como el de los ocho dias señalados en el decreto é instruccion, se han venido ampliando por varios decretos posteriores de próroga, y hoy son indefinidos.

Si del Registro resultan datos que alteren ó contradigan de un modo sustancial la partida sacramental, el encargado del Registro suspenderá la inscripcion, dará conocimiento á los interesados y devolverá la partida al párroco con atento oficio en que exprese las dificultades. Si éstas no afectan á la validez y los in-

teresados lo piden, ó las partidas contienen equivocaciones, errores ú omisiones, podrá hacerse una inscripcion provisional.

Debe procurarse que las partidas sacramentales contengan al ménos las circunstancias siguientes:

1.ª Lugar, dia, mes y año en que se efectuó el matrimonio.

2.ª El nombre y carácter eclesiástico del sacerdote que lo hubiere celebrado.

3.ª Los nombres, apellidos, edad, estado, naturaleza, profesion ú oficio y domicilio de los contrayentes.

4.ª Los nombres, apellidos y naturaleza de los padres.

5.ª Los nombres, apellidos y vecindad de los testigos.

6.ª Expresion de si los contrayentes son hijos legítimos, cuando lo fueren.

7.ª Igual expresion del poder que autorice la representacion del contrayente que no concurre personalmente á la celebracion del matrimonio, y del nombre y apellidos, edad, naturaleza, domicilio y profesion ú oficio del apoderado.

8.ª La circunstancia en su caso de haberse celebrado el matrimonio *in articulo mortis*.

9.ª La de haber obtenido el consentimiento ó solicitado el consejo exigido por la ley, tratándose de hijos de familia y de menonores de edad.

10.ª El nombre y apellido del cónyuge premuerto, fecha y lugar de su fallecimiento, en el caso de ser viudo uno de los contrayentes.

Impónese á los párrocos la obligacion de remitir á los encargados del Registro correspondiente un estado de los matrimonios canónicos celebrados desde primero de Setiembre de 1870, dentro del término de tres meses, y otro el dia primero y quince de cada mes, de los que durante estos períodos hayan celebrado, y que deberán contener los siguientes datos:

1.º El lugar, dia, mes y año en que se haya efectuado el matrimonio.

2.º El nombre y carácter del sacerdote que haya intervenido en su celebracion.

3.º Los nombres, apellidos, estado, naturaleza y domicilio de los contrayentes.

4.º El libro y fólio del archivo parroquial en que conste extendida cada partida de matrimonio.

El Juez municipal correspondiente será el encargado de imponer las multas ó prision subsidiaria por falta de pago, y que nunca podrá exceder de treinta dias en juicio de faltas y de oficio, ó á instancia del fiscal municipal, y de dirigir al prelado respectivo atenta comunicacion dando parte de las faltas que observen por parte de los párrocos. La Direccion general, á quien tambien darán cuenta, lo hará á su vez al Ministro de Gracia y Justicia. Tanto al pié de la partida transcrita que quede archivada, como de la que haya de presentarse en los tribunales, se pondrá la nota oportuna de la trascripcion.

30. Registro de defunciones. No podrá enterrarse ningun cadáver sin el asiento prévio en el Registro del distrito municipal donde ocurrió la muerte ó se halle el cadáver, licencia de sepultura expedida gratuitamente por el Juez y trascurso de veinte y cuatro horas desde la consignada en la certificacion facultativa: el asiento se hará en virtud de parte verbal ó escrito dado por los parientes del difunto, habitantes de la casa y vecinos en su defecto, y certificacion del facultativo que le haya asistido en su última enfermedad ó del titular del municipio respectivo, ó cualquiera otro en defecto de éstos, llamado al intento, que examinarán el cadáver, y sólo cuando en él se presenten señales inequívocas de descomposicion extenderá la certificacion comprensiva del nombre, apellido y demas noticias que tuviere; del estado, profesion, domicilio y familia del difunto, hora y dia de su fallecimiento si le constáre, ó en otro caso los que crea más probables; clase de enfermedad que haya producido la muerte, y señales de descomposicion que ya existan.

En la circular de 1.° de Marzo de 1871 parece que se hace una aclaracion á la Ley y al Reglamento, con el fin de fijar mejor sus disposiciones, al decir que para expedir el certificado no se esperará á que la descomposicion, ó sea putrefaccion, tenga lugar, sino á que haya señales que segun la ciencia denotan de un modo inequívoco que la descomposicion ha de sobrevenir (1). Preferimos la prescripcion de la Ley, que nos parece más clara y más explícita que la de la circular, y por lo tanto ménos expuesta á errores científicos. Cuando ni en el pueblo donde ocurra el falleci-

(1) *Ley provisional*, artículos 75, 76.—Orden circular de 1.° de Marzo de 1871, disposicion 8.ª

miento ni en los demas del término municipal hubiera facultativo, la certificacion se suplirá con la declaracion de dos vecinos mayores de edad, uno de los cuales podrá ser el mismo á quien corresponda dar parte del fallecimiento. El Juez municipal presenciará el reconocimiento facultativo siempre que sus ocupaciones se lo permitan ó haya motivo para creerlo de preferente atencion, en cuyos casos no se dará licencia de sepultura hasta despues de aquel acto. Tanto el encargado de un cementerio como las personas que autoricen una inhumacion sin la licencia del Juez municipal correspondiente, incurrirán en la multa de 20 á 100 pesetas (1).

31. *Personas obligadas á dar parte de la defuncion.* Están obligados á dar parte de la defuncion, que podrá ser verbal ó por escrito, los parientes del difunto, los habitantes de su misma casa, los vecinos, todos mayores de edad, los jefes de hospital, lazareto, hospicio ó cárcel, el Juez encargado de ejecutar una sentencia de muerte: cuando ha ocurrido fuera del domicilio del difunto, la persona que se halle al frente de la casa donde hubiera tenido lugar, ó los demas habitantes ó vecinos; si se tratase de un cadáver de persona desconocida hallado en lugar no habitado, el que le viere y la autoridad local respectiva (2).

*Forma y manera de la inscripcion.* En vista del parte y certificado facultativo, el Juez municipal mandará extender inmediatamente el asiento de defuncion, que ademas de las circunstancias generales contendrá:

1.º Dia, hora y lugar en que haya acaecido la muerte.

2.º Nombre, apellido, edad, naturaleza, profesion y domicilio del difunto, y de su cónyuge si estaba casado.

3.º Las mismas circunstancias relativamente á los padres, si legalmente pueden designarse, con expresion de si viven ó no.

4.º Enfermedad que le haya ocasionado la muerte.

5.º Si ha dejado ó no testamento, fecha, pueblo y notaría de su otorgamiento, si le hay.

6.º El cementerio donde haya sido sepultado (3).

---

(1) *Ley provisional*, art. 78.—*Reglamento*, art. 63.—Orden circular citada, disposiciones 8.ª y 9.ª

(2) *Ley provisional*, artículos 76, 81, 85.—*Reglamento*, art. 62.

(3) *Ley provisional*, artículos 79, 20.—*Reglamento*, artículos 21, 64.

Si no fuera posible identificar la personalidad del que hubiere muerto, se expresarán en el asiento :

1.° El lugar de la muerte ó del hallazgo del cadáver.

2.° Sexo, edad aparente y señas ó defectos de conformacion.

3.° Tiempo probable de la defuncion.

4.° Estado del cadáver.

5.° Vestido, papeles ú otros objetos que sobre sí tuviere ó se hallaren á su inmediacion, y que puedan ser útiles para la identificacion, que se conservarán al efecto por el encargado del Registro ó autoridad judicial.

En las defunciones ocurridas por accidente casual, los Jueces municipales instruirán expediente para hacer constar, cuanto sea posible, las circunstancias y antecedentes relativos á la personalidad, estado y condiciones de los fallecidos.

Si á consecuencia de la defuncion se hubiere instruido causa, el Juez municipal pedirá al que entendiere en ella cuantos datos sean necesarios para conseguirlo. En caso de hundimiento ó incendio se practicarán todas las diligencias necesarias, reconocimientos periciales ó facultativos que se estimen convenientes para los indicados propósitos (1).

Hecha la identificacion, se extenderá nueva partida expresiva de las circunstancias contenidas en el párrafo anterior, poniendo nota marginal á la primera, para lo cual el Juez que haya seguido el procedimiento dará testimonio al encargado del Registro. Si la muerte hubiera sido violenta, ocurrido en la cárcel ó por efecto de ejecucion capital, se omitirán estas circunstancias en el Registro. De toda partida de defuncion se dará parte al encargado del Registro, en que conste el nacimiento por medio de copia certificada.

Cuando fuese el difunto empleado ó pensionista del Estado, se dará cuenta en término de tercero dia á las oficinas de Hacienda pública de la provincia.

La muerte de un extranjero que no hubiese dejado familia se pondrá dentro del mismo plazo en conocimiento del Agente diplomático ó consular de su país, que resida en el punto más próximo al en que deba efectuarse el entierro (2).

(1) Decreto 1.° Mayo 1874.

(2) *Ley provisional*, artículos 82, 83, 86, 92, 93, 94.

32. *Fallecimientos fuera del domicilio.* En los que ocurran en buques españoles, los contadores, capitanes, ó patrones en su caso, formalizarán el acta duplicada con todas las condiciones exigidas en los párrafos anteriores, de la que insertarán copia en el diario de la navegacion, entregando dos copias á la autoridad judicial superior del primer puerto español que tocasen, que las remitirá por distintos correos á la Direccion; si tocáre primero en un puerto extranjero donde hubiere Agente diplomático ó consular español, á él se entregará uno de los ejemplares, y el otro á la autoridad judicial del primer puerto español donde arribe. Si no hubiere Agente diplomático ó consular, se reservarán las actas hasta el primer puerto donde le haya, ó hasta uno español (1).

33. El fallecimiento ocurrido en viaje por tierra se inscribirá en el Registro del pueblo donde se sepulte el cadáver. El de militares en tiempo de paz se pondrá en conocimiento del juez municipal del distrito en que ocurra, por el jefe del cuerpo, acompañando copia de la filiacion. En tiempo de guerra y en territorio español en que no impere el gobierno legítimo, ó en territorio extranjero, el jefe dispondrá el entierro, dando parte al Ministerio de la Guerra, con remision de la filiacion por duplicado, para que haga la inscripcion en el Registro correspondiente ó en el de la Direccion.

Sobre esta materia se ha dispuesto (2), teniendo en cuenta el gran número de las ocurridas durante la guerra civil, al propio tiempo que la destruccion de gran número de Registros civiles, que se cree uno especial en la Direccion del Ramo, que se compondrá de dos clases de libros, uno con el título de Registro de muertos en campaña, para los oficiales, y otro de Auxiliar, para los soldados, en que se inscriban las defunciones de unos y otros conforme á las hojas de servicios de los primeros y medias filiaciones de los segundos, expedidas por el Ministerio de la Guerra y Direcciones respectivas: éstas, los expedientes que se forman ante el Juez de primera instancia, á peticion de parte interesada, si contuvieran todos los datos exigidos por la ley del Registro civil y disposiciones posteriores, se considerarán como bastantes

(1) *Ley provisional*, artículos 87, 55, 56, 57.
(2) Decreto de 17 Julio 1874.—Orden de 16 Octubre 1874.—Decreto de 11 Diciembre 1874.

para hacer la inscripcion : á falta de estos medios, se considerarán como supletorios las certificaciones de los capellanes castrenses y de los encargados de los hospitales militares, con la autorizacion de sus respectivos jefes ; las que expidan las autoridades militares ó civiles con referencia á datos oficiales.

En las hojas de servicio que los Directores generales de las armas remitan á la Direccion general de los Registros, se puntualizará cuanto sea posible :

1.° Dia, hora y lugar del fallecimiento.

2.° Nombre, apellidos, edad y naturaleza del difunto y de su cónyuge, si estaba casado.

3.° Nombre, apellidos, profesion ú oficio de los padres, expresando si viven ó no, é hijos que hubiere tenido.

4.° Empleo que ejercia y cuerpo en que servia.

5.° Si testó y ante quién.

6.° Lugar donde se le haya dado sepultura.

Los Jueces municipales del domicilio de los fallecidos ó del de sus padres, inscribirán en su Registro estas defunciones, insertando la órden de la Direccion y extractando los documentos que se les comuniquen (1).

Los Agentes diplomáticos y consulares, si fallece un español en el país en que están acreditados, ademas de hacer la inscripcion en su Registro, remitirán copia certificada á la Direccion para que lo haga inscribir en su Registro ó en el del domicilio (2).

34. Registro de ciudadanía. En él se inscribirán todos los actos por los cuales se *adquiere*, *recupera* ó *pierde* la ciudadanía, que no producen efecto sino desde el momento de la inscripcion; así, pues, se inscribirán en este Registro las cartas de naturaleza concedida á extranjeros ; la vecindad ganada por los mismos; la declaracion de nacionalidad española hecha por los hijos de padres ó padre extranjero y madre española, nacidos en España, ó de padre extranjero y madre española, nacidos en el extranjero; las de españoles que, habiendo ganado naturaleza en país extranjero, y entrado al servicio de otro país ó siendo hijos de españoles, hayan perdido esta cualidad por haberla perdido sus padres;

(1) Decretos y órden ántes citados.

(2) *Ley provisional*, artículos 88, 89 90, 91.

la de la mujer española casada con extranjero, si disuelto el matrimonio desea recuperar su condicion primitiva; la fijacion de domicilio ó residencia de los extranjeros en territorio español; los cambios de domicilio hechos por un extranjero, y la voluntad de los españoles que vivan en el extranjero en países donde sólo la residencia da naturalizacion y no quieran perder el carácter de españoles (1).

35. *Forma de la inscripcion.* Ademas de las circunstancias generales exigidas para todas las inscripciones, en las que nos ocupan se inscribirán, á ser posibles:

1.ª El domicilio anterior.

2.ª El nombre, apellido domicilio, naturaleza, profesion ú oficio de los padres del interesado.

3.ª Nombre, apellido y naturaleza de su esposa.

4.ª Nombres, apellidos, naturaleza, domicilio, profesion ú oficio de los padres de ésta.

5.ª Las mismas circunstancias respecto á los hijos, y ademas la de estar ó no emancipados.

6.ª Las mismas respecto del marido cuando la mujer española casada con extranjero quiere recuperar la nacionalidad: en su caso se indicará el motivo de la imposibilidad de inscribir alguna de estas circunstancias. Se anotarán ademas en el márgen de las partidas de nacimiento del interesado y de sus hijos (2).

36. *Documentos* y *condiciones para la inscripcion.* Deberán presentarse las partidas de nacimiento, y casamiento en su caso, del interesado, y las de nacimiento de su esposa é hijos; el decreto de naturalizacion y renuncia de la nacionalidad anterior; justificacion, con citacion del Ministerio fiscal, de haber ganado vecindad con la renuncia expresada; certificado de la defuncion del marido extranjero, la mujer española que quiera recuperar su nacionalidad perdida por el casamiento; la rehabilitacion especial concedida por el Gobierno en los casos en que es necesaria. Para pedir la inscripcion, el interesado ha de ser mayor de edad y estar emancipado (3).

---

(1) *Ley provisional*, artículos 96, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112.—*Reglamento*, art. 65.

(2) *Ley provisional*, artículos 100, 99.—*Reglamento*, 65, 66, 67, 68.

(3) *Ley provisional*, 97, 98, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112.

37. Cambio de nombres y apellidos. Sólo podrá tener lugar con autorizacion del Ministerio de Gracia y Justicia, prévia consulta al Consejo de Estado y audiencia de las personas que puedan tener interes en el asunto, ó por sentencia firme de un Tribunal competente. La autorizacion se pedirá al Gobierno por medio de solicitud en forma hecha al Presidente de Tribunal de partido del domicilio, ó última residencia del interesado, con certificado del nacimiento y demas documentos pertinentes; el Presidente del Tribunal dispondrá su publicacion por cuenta del interesado en la *Gaceta de Madrid*, *Boletin oficial* de la provincia ó provincias á que pertenezcan los pueblos de la naturaleza, domicilio ó última residencia de los solicitantes, para que en término de tres meses pueda oponerse el que quiera; trascurrido el plazo, unirá al expediente ejemplares de los periódicos en que se insertó, los escritos de oposicion que se le hayan presentado y cuantos datos estime convenientes, y con su informe y dictámen fiscal lo elevará al Ministerio de Gracia y Justicia, que á propuesta de la Direccion del ramo dictará una Real órden si no ha habido oposicion, y si la ha habido se oirá al Consejo de Estado; la Real órden ó la sentencia firme se remitirán al Registro respectivo para su inscripcion, y miéntras no se inscriba no producirán efecto (1).

38. Tales son las disposiciones que rigen hoy en la interesantísima materia del *Registro civil*, que no hemos hecho más que transcribir sintetizándolas y metodizándolas cuanto nos ha sido posible, y sobre la que no hemos creido pudente hacer reflexiones ni comentarios; para terminar dirémos solamente que el Registro civil no puede ménos de considerarse como la base y el sólido cimiento en que debe descansar la vida social, política y civil de un pueblo, el orígen y principio de la personalidad jurídica, y la regla eficaz é infalible para poder conocer y apreciar los derechos de cada uno. Tiene necesariamente que existir y ser objeto de concienzudas y severísimas reglas, dada la personalidad del hombre en relacion con la vida social del mismo, puesto que estando todos los miembros de una sociedad ligados íntimamente en derechos y obligaciones, ni es posible aislar á los individuos, ni los actos de uno pueden ser indiferentes á los demas.

(1) *Ley provisional*, art. 64.—*Reglamento*, artículos 69, 70, 71, 72, 73, 74.

Manifiéstase, pues, la personalidad humana en un doble aspecto, segun que se la considere individual ó colectivamente; la manifestacion puramente individual es objeto del Derecho natural, la colectiva lo es muy especialmente del Derecho positivo. La primera aparicion de la personalidad, bajo el punto de vista de la sociabilidad, la encontramos en la familia, asociacion racional, de Derecho natural, orígen y fuente purísima de toda sociedad y objeto de preferente atencion para la ley positiva; de ella y de su constitucion, efectos y terminacion, nos ocuparémos en la leccion siguiente.

---

# LECCION VI.

**Instituciones del Derecho civil.—De las personas.—La familia.**

**SUMARIO.**

1 y 2. De la FAMILIA, qué sea.—3. Su orígen.—4 al 12. Su fundamento racional.—13 y 14. Sus condiciones.—15. Condiciones morales y jurídicas.—16. Condiciones de existencia. 1.ª Edad. 2.ª Libertad. 3.ª Voluntad. 4.ª Armonía. 5.ª Inteligencia.—17 y 18. De duracion. 1.ª Indisolubilidad. 2.ª Unidad. 3.ª Fidelidad.—19. Condiciones materiales.—20 y 21. Fines naturales y jurídicos. Rápida historia de la familia.—22 al 24. Condicion racional de la mujer y de los hijos.—25 al 33. Condicion jurídica de los mismos. En la antigüedad. En Roma.—34. Entre los bárbaros.—35. En la Edad Media.—36. En los tiempos modernos.—37 al 40. Dificultad de legislar en la materia.—41. El matrimonio, orígen de la familia.—42. Sus caractéres.—43. Sus formas.—44. Derecho vigente.

1. En las lecciones precedentes nos hemos ocupado del hombre en dos de sus grandes manifestaciones, como sér libre y como sér unido con vínculos especiales á los demas hombres, y por lo tanto, del *estado* de libertad y del de ciudadanía; tócanos ahora estudiarlo en el tercer *estado*, en el *estado de familia*.

2. LA FAMILIA, gérmen y orígen de toda asociacion, de todo Estado, asociacion creada por Dios, y por leyes divinas regida; la familia es superior á toda ley positiva, que debe respetarla como una institucion que está establecida con entera independencia de toda convencion humana. Sociedad nacida en el amor, y por el amor sostenida y fortificada; santuario donde el hombre abre por primera vez los ojos á la luz, y donde por primera vez tambien la luz sacrosanta de la verdad hiere su alma; donde las fuerzas de su cuerpo y de su inteligencia se desarrollan y adquieren el poder necesario para resistir un dia los rudos embates de la vida; debe ser mirada con profundo respeto por el legislador, que sólo despues de maduro exámen y con gran tino puede tocarla y legislar sobre ella, y sin embargo, la organizacion, la forma externa

de la familia han variado esencialmente segun los tiempos y los lugares, como verémos en adelante.

3. El *orígen* de la familia es divino; en efecto, no puede comprenderse la existencia del sér humano, no podria éste desarrollarse ni cumplir su destino, si la familia no existiese, si no encontrase en ella los elementos necesarios, los medios adecuados para desarrollarse en todas las esferas de la vida y realizar su fin supremo: la familia no es solamente el medio de reproducirse el hombre y perpetuar su especie; es el grandioso elemento de perfeccionamiento, de progreso, de bien, que al Creador plugo otorgar á su criatura predilecta. Y véase por qué en todos los tiempos, en todas las civilizaciones, la familia ha revestido un carácter sagrado; porque todas las religiones la han cobijado con su manto protector.

4. El *fundamento racional* de la familia se halla en la misma naturaleza del sér humano; en efecto, no sólo crió Dios al hombre y á la mujer para que unidos perpetuasen la especie, en lo cual no se diferenciarian del resto de los animales, sino que dió á cada sexo condiciones tales, que bien puede decirse que el hombre no se completa sino unido á la mujer; y dando á ambos el amor en vez del instinto, dió á esta union un carácter especialísimo y privilegiado; pero es más aún: el amor, que decide la union del hombre y la mujer, toma muy pronto el carácter distintivo que determina la mayor parte de los actos humanos; la sed de perpetuidad, la aspiracion á lo eterno, á lo infinito se revela, y el hombre perpetúa su union con la mujer; de esta union surgen nuevos seres, que necesitan á su vez la proteccion, el amparo, el auxilio constante de los que les dieron la vida, y el círculo se extiende y los lazos entre la mujer y el hombre envuelven á los hijos, y una nueva vida de relacion, riquísima en desenvolvimientos para lo porvenir y cuyos lazos se perpetúan tambien, viene á tomar plaza en el mundo real.

5. Esta sublime institucion viene á realizar el gran principio de la *unidad*, nacida de la variedad armónica, de una manera tan perfecta y admirable como no se ve en ninguna otra humana institucion. Todos los elementos que constituyen la familia son varios, no sólo porque son libres, sino porque, áun materialmente considerados, la variedad reside en ellos; existe, sin embargo, entre los mismos una armonía santa y misteriosa, pero tan fuerte

y profunda, que sin destruir la libertad y la igualdad de los elementos componentes, da unidad de accion, de vitalidad y de movimiento, al mismo tiempo que de fin y de destino. En efecto, la naturaleza y condiciones especiales y várias de ser de la mujer y del hombre se equilibran de tal manera, y de tal manera se armonizan; la dulzura de la primera templa hasta tal punto la fuerza y la rudeza del segundo; domina tanto la una con la fuerza de la persuasion, como el otro con la del poder, que ambos mandan y ambos obedecen sin darse de ello cuenta; están de tal modo ligados los derechos y obligaciones recíprocos de ambos, y los de ellos con los hijos, que la armonía aparece natural y necesariamente, y en pos de ella la unidad como elemento característico de la institucion, que es indudablemente la más perfecta de las asociaciones conocidas.

6. Al definir la familia, unos han dicho que la *familia es un Estado pequeño, como el Estado una gran familia;* otros que *es la reunion de personas ligadas por los vínculos de la sangre;* otros, en fin, que es *la asociacion nacida por el matrimonio entre los cónyujes y sus hijos.*

7. La familia es indudablemente un Estado pequeño, una asociacion completa, natural y necesaria, anterior á toda ley positiva; pero el Estado no es una gran familia, toda vez que éste no realiza otros fines que los fines jurídicos, los fines que puede regular el Derecho, miéntras la familia realiza todos los fines de la vida; tal es la opinion de los que creen que el Estado no puede inmiscuirse en nada que no pueda ser objeto del Derecho; esto es, en nada que no represente una relacion jurídica, negándole toda competencia para conocer de la moral, de la religion, de la vida intelectual, etc.

8. Segun ellos, en la familia y por la familia realiza el hombre todos los fines de la vida; en efecto, en la familia se realizan los fines morales, porque la moralidad es la base de la institucion; los religiosos, porque en su seno conoce el hombre á Dios y le adora; los intelectuales, porque allí se desarrolla la inteligencia; los de justicia, porque no existe una magistratura ni un poder más nobles y elevados que los del padre: en una palabra, como el hombre nace en la familia, vive en la familia y muere en ella; como en su seno realiza todos los desenvolvimientos de su sér, desde que aparece con una existencia embrional hasta que la com-

pleta, claro es que la esfera de accion de la familia todo lo envuelve, lo abraza todo; si sólo se realizasen por ella los fines jurídicos, la institucion sería incompleta é insuficiente, porque en ella el hombre no realizaria su fin general.

9. Los que definen la familia *reunion de individuos ligados por los vínculos de la sangre* dan á la palabra definida una acepcion muy lata, y no es así como nosotros debemos tratarla; para nuestro objeto, la familia no comprende más que los padres y los hijos, y las relaciones que entre ellos nacen. Así, pues, dirémos que familia *es la asociacion nacida por los vínculos del matrimonio entre los cónyuges y los hijos*, y el derecho aplicado á la familia será *la reunion de condiciones necesarias para la existencia, desarrollo y realizacion de los fines humanos dependientes de la misma.* La famila es á un mismo tiempo una institucion *moral, jurídica y material.*

10. Por ella el hombre completa su existencia, por ella nace y se sostiene la vida de los pueblos, de las naciones, de la humanidad, toda vez que, mediante ella, la especie se multiplica y perpetúa; pero todos los seres animales se multiplican y perpetúan por medio de la union, de la asociacion del varon y de la hembra. ¿Tendrán estas uniones el mismo carácter? No, ciertamente; verdad es que todos los seres animales sienten la necesidad, tienen el instinto de unirse á otros de su misma especie, aunque de sexo diferente; pero cierto es tambien que el instinto realizado, la necesidad cumplida y satisfecha, todo termina, no queda la más pequeña relacion entre los seres que se unieron. ¡Cuán diferente es en el hombre! Siente la necesidad, se revela en él el instinto, pero al mismo tiempo la razon dirige el instinto, se sobrepone á la necesidad, y eleva un hecho, que en todos los demas seres es material, á hecho *moral y jurídico.*

11. No le basta conocer y apreciar por la razon ese hecho, no le basta realizarlo voluntaria y libremente, exige más, necesita más: necesita perpetuar la accion y los efectos que de él surgen, y en el momento en que la idea de perpetuidad aparece al lado de la de union de hombre y mujer, desde ese momento aparece la familia con todos sus caractéres; esto es, como institucion moral, jurídica y social, como base sólida y seguro cimiento de la vida colectiva, de la sociedad en todas sus manifestaciones.

12. Sin esa aspiracion á la perpetuidad que se revela en la fa-

milia como en todos los actos libres é inteligentes del sér humano, la union de varon y de mujer existiria, la pocreacion tendria lugar, pero no la familia, porque rotos los lazos en el momento en que la necesidad, el instinto, habian sido satisfechos, ninguna relacion quedaba entre los que se habian unido, ni ménos, por consiguiente, entre ellos y los seres de esa union nacidos, y como de todos los seres creados es el hombre el que más tarda en desarrollarse y en poder vivir por sí solo, áun materialmente, no existiendo la familia, el fin mismo de la pocreacion quedaria incompleto.

13. Lo dicho basta para comprender que procediendo el hombre, al formar la familia, de un modo libre, voluntario é inteligente, realizando en la familia elevados y nobilísimos fines, perpetuándola y ampliando con nuevos lazos su vida de relacion moral, jurídica y social, las condiciones esenciales de la familia tendrán que ser *morales, jurídicas y materiales.*

14. Las condiciones, pues, se dividen:

1.º En *morales y jurídicas,* que casi se confunden en el fondo, porque la ley positiva tiene que seguir paso á paso la ley moral, si bien varian en la forma, y á veces en la extension.

2.º *Materiales,* que son esencialmente jurídicas.

15. Entiéndese por condiciones *morales y jurídicas* aquellas que son tan esenciales á la existencia de la familia, que sin ellas ésta ni puede tener vida propia, ni realizarse en su seno los altos fines para que fué creada, de modo tal, que cualquiera de esas condiciones que falte, vicia y destruye por su base la institucion. Condiciones *materiales* son las que, tendiendo sólo á regular los modos externos y materiales de dar vida á la familia, pueden modificarse y cambiarse sin que la institucion cambie ó se modifique esencialmente.

1.º Las condiciones *morales y jurídicas* se subdividen:

*A.* En condiciones de *existencia,* que son:

1.ª La *Edad.*

2.ª La *Libertad.*

3.ª La *Voluntad.*

4.ª La *Armonía.*

5.ª La *Intelgencia.*

*B.* De *duracion*, y son:

1.ª La *Indisolubilidad.*

2.ª La *Unidad.*

3.ª La *Fidelidad.*

Ocupémonos de cada una de estas condiciones.

16. *A.* CONDICIONES DE EXISTENCIA son aquellas que tienen tal carácter, que sin ellas no habria familia posible: en efecto, la familia es una asociacion perfecta, en la cual y por la cual el hombre debe cumplir los fines generales de su vida; para que esa asociacion sea, necesario es que en ella se reunan todas las condiciones necesarias de existencia, ó lo que es lo mismo, que tendiendo á la procreacion, los que la forman tengan la *Edad* en que son hábiles para aquel acto: uniéndose para él dos personas, deben hacerlo con entera *Libertad*, porque el hombre no obra jamas fatalmente: con *Voluntad* de unirse y realizar los fines prescritos, porque sólo queriendo y queriendo con eficacia, es como el hombre puede obrar libremente dentro de la esfera de la moral y del Derecho: las personas que se reunen, constituyendo una familia, no por eso pierden su personalidad; así es que tienen derechos y deberes recíprocos que llenar, y éstos no podrian cumplirse en el seno de esa asociacion, si no presidiera en ella la *Armonía;* finalmente, es necesario que exista la *Inteligencia*, esto es, que los seres que componen la familia sepan á lo que se obligan y cómo se obligan, conozcan toda la extension de sus deberes y de sus derechos, y de los múltiples é importantes fines que deben realizar: ocupémonos, pues, de cada una de estas condiciones.

1.ª *La Edad.* Hemos dicho que uno de los fines de la familia es la procreacion y perpetuacion de la especie; para eso se constituye esta asociacion santa y poderosa, por más que no sea ese su fin único y exclusivo; miéntras ese fin no puede realizarse, miéntras falta la aptitud natural, la constitucion de la familia no tiene objeto; y como hasta cierta edad de la vida el hombre carece de esa aptitud, de aquí que la moral y la ley positiva, siguiendo sus inspiraciones, hayan fijado una edad desde la cual puede constituirse esta asociacion, y por cierto que desde remotos tiempos los legisladores han vacilado para hacerlo, porque son tan profundos y oscuros los arcanos de la naturaleza en esta materia, está tan sujeta á accidentes exteriores, que no es, por cierto, fácil cosa resolverlos de plano. Ya los jurisconsultos romanos disputaron si era conveniente fijar un término cierto é in-

flexible en la ley, ó abandonar este cuidado á los magistrados; y si sábiamente sin duda alguna, y con ideas altamente moralizadoras, se decidieron por lo primero, no cerraron á la ciencia moderna el palenque para las cuestiones relativas, no sólo á este punto, sino al de la edad que debe fijarse, caso que la ley la fije, y á las consideraciones que debe tener presentes el legislador relativamente á las circunstancias materiales y climatológicas de cada país, que tan diferentes son en el Sur y en el Norte, en los climas abrasados del Asia y los helados de la Rusia. Nuestra legislacion, de acuerdo con la canónica, y ambas siguiendo á la romana, han fijado la edad en los catorce años para el varon y en los doce para la mujer, y otros muchos pueblos han seguido el mismo camino, sin embargo de que en Asia y en Africa la mujer especialmente será núbil muchas veces á los diez ú once años, miéntras que en muchos países del Norte no lo será hasta los catorce ó diez y seis; por eso, si se atiende sólo á la procreacion para fijar la edad, no podrá haber uniformidad en las decisiones legales.

Pero hemos dicho que la procreacion es sólo uno de los fines de la familia, que tiene otros más altos aún que llenar, y en este sentido, como verémos luégo, no habia tal vez inconveniente en retardar algo la edad para contraer matrimonio y crear una familia.

Otra cuestion no ménos grave es la de decidir si de la misma manera que se ha fijado un mínimum de edad para contraer los vínculos familiares, sería conveniente fijar un máximum. En efecto, si sólo la procreacion fuera el fin de la familia, tal vez esto podria ser cuestionable, porque el hombre llega á una edad en que quizás la procreacion no sea posible; pero como por una parte no es ese sólo el fin de la familia, y como por otra las dificultades que dijimos existian para fijar el mínimo de edad acrecen mucho más graves cuando se trata de señalar un término á esa aptitud, y como el hacerlo produciria sin duda alguna resultados repugnantes é inmorales, las leyes, con sabiduría no escasa, se han abstenido de entrar en esta cuestion.

2.ª *Libertad.* De todos los seres creados, el hombre es el único que no obra fatalmente, que á nada es fatalmente impelido, sino que, por el contrario, todo lo realiza con libertad, y no habia de ser por cierto el acto más importante de la vida el que cumpliese fatalmente; al constituir la familia, al echar sobre sí el cúmulo

de obligaciones, al adquirir los derechos que constituyen esa asociacion, es necesario que sea libre, que nada ni nadie coarte su facultad de hacer ó no hacer: el animal, movido por la necesidad, por el instinto, corre en un momento dado en busca de la hembra para cumplir la eterna ley de perpetuar su especie; pero carece de la facultad de obrar ó de abstenerse, una fuerza superior le impele, por eso la union es efímera, pasajera, momentánea; el hombre, cuya razon se sobrepone á todo, piensa, y se decide ó no; por eso su union es duradera, indisoluble.

3.ª *Voluntad.* Como, segun hemos dicho, el hombre no obra fatalmente, sino con libertad, sólo practica los actos de la vida cuando quiere, y sólo miéntras esos actos son voluntarios entran en la esfera de la moral y del Derecho.

4.ª *Armonía.* La asociacion que conocemos con el nombre de familia es una reunion de personas que, realizando fines individuales y especiales, realizan á la vez un fin general, como en la familia moral y filosóficamente constituida la personalidad de los distintos seres componentes existe viva, como esa personalidad significa la suma de los derechos y deberes recíprocos, y como esto trae necesariamente al seno de la asociacion una variedad constante, que si no se reduce á la unidad destruiria la asociacion; de aquí la necesidad de armonizar esos elementos varios, unificándolos, dándoles tal cohesion, que todos contribuyan á la realizacion del fin sin dañarse los unos á los otros, sin entorpecer su accion mutua, sin destruirse.

5.ª *Inteligencia.* Es condicion inherente y necesaria al hombre el que lo dirija la inteligencia, la razon, de tal manera que se sobreponga á todos los demas elementos de accion, á los instintos, á las tendencias, á las necesidades; que los domine y dirija; y por eso no puede ningun acto humano ser del dominio de la moral y del Derecho si no le preside la inteligencia, esto es, la conciencia del acto mismo.

17. No basta empero con que la familia halle condiciones de existencia tales como las que hemos señalado; hácese necesario que las halle tambien de duracion, de perpetuidad, porque no es la union de un momento, porque no es la asociacion de un dia, porque si lo fuera no se podrian cumplir en ella ninguno de sus grandes fines; no basta con que exista, no; es necesario que se perpetúe; por eso nos ocuparémos ahora:

18. *B.* DE LAS CONDICIONES DE DURACION por virtud de las que va á perpetuarse la existencia de esa asociacion más allá del sepulcro de los que le constituyeron, y son:

1.ª *Indisolubilidad.* Como hemos visto, la familia no se constituye sólo por la union del varon y de la mujer; mejor dicho, no son ellos solos sus elementos componentes, sino que entran como muy principales los hijos, de esa union, de esa asociacion nacidos, y para los cuales tienen grandes deberes que cumplir los que les dieron el sér. Si la union y asociacion por ella creada fuera pasajera, efímera, momentánea, ni podrian entrar á formar parte de ella los hijos, ni esos altos deberes podrian realizarse, ni la procreacion produciria sus efectos, que son los de perpetuar la especie, porque el hombre sólo por virtud de largos cuidados puede llegar á la edad en que se basta á sí mismo siquiera para continuar viviendo; así, pues, sin la *indisolubilidad* del vínculo que constituye la familia, esto es, la perpetuidad del contrato orígen de esa asociacion, no puede existir.

2.ª *Unidad.* Si cada uno de los seres que forman parte integrante de una familia procediese segun su voluntad, si obrase aislada y egoísticamente, muy pronto se chocarian, habria intereses encontrados, surgiria la lucha, vendria como consecuencia necesaria la fuerza á imponerse y á dominar, y la asociacion se disolveria en medio de la anarquía más fatal y más tremenda.

Para que esto no suceda, es necesario, como deciamos ántes, que la variedad natural y necesaria que en el seno de la institucion tiene que existir, puesto que la componen seres voluntarios, libres é inteligentes, se armonice de tal modo, que nazca la *unidad* de accion, de voluntad, de inteligencia y de fin; por eso, como verémos luégo, en la familia, como en toda asociacion, hay un centro de poder, al rededor del que todo se mueve y desarrolla.

3.ª *Fidelidad*, porque sin ella entrarian á formar parte de la familia elementos hetereogéneos, elementos de fuerza, que destruirian la armonía y la unidad, y por lo tanto la familia.

19. 2.º CONDICIONES MATERIALES. La familia, al mismo tiempo que una asociacion moral y jurídica, es una entidad que vive vida material, y que por lo tanto debe disponer de medios materiales de existencia; de esos medios, bienes de fortuna, que á la familia pertenecen, se ocupa la ley jurídica, y nosotros tratarémos tambien de ellos en el curso de estas lecciones.

20. De la misma manera que hemos dicho que la familia necesita y cuenta para su existencia con condiciones morales y jurídicas que se confunden en su esencia aunque puedan variar en sus manifestaciones jurídicas, podemos decir que está llamada á realizar *fines morales y jurídicos*, que con la pocreacion, conservacion y educacion de los hijos, y el mutuo y constante auxilio de los cónyuges, son unos en su esencia, si bien pueden variar algo en sus formas y desarrollo.

21. Y es que la institucion que nos ocupa es tan alta, está tan íntimamente ligada con la existencia humana, que la ley positiva y jurídica apénas si puede tocarla en su fondo y condiciones esenciales, y sólo le es dado regular las formas y condiciones accidentales de sér de la familia, como verémos en el rápido estudio histórico que nos proponemos hacer.

22. Para proceder con órden, comenzarémos por fijar las condiciones racionales de la mujer y de los hijos con relacion al padre y en sus relaciones recíprocas.

23. El Derecho natural y racional no puede hacer diferencias, entre el hombre y la mujer; seres racionales ambos, dotados de unas mismas condiciones de existencia; debiendo desarrollarse de una misma manera y realizar un mismo fin, son esencialmente iguales, y al unirse para constituir una familia no pueden perder sus caractéres esenciales; unos y otros, pues, vienen á formar la familia con idénticos derechos y con las mismas obligaciones y á llenar los mismos fines; pero en una institucion de tan alta importancia como la familia, todas las condiciones deben ser concienzudamente pesadas y medidas para que todas puedan contribuir al gran pensamiento. Como en esa asociacion, habiendo duplicidad de voluntades, de inteligencias y de sér, ha de haber necesariamente *variedad*, y como esta variedad es necesario armonizarla para reducirla á la unidad, de aquí que en el seno de la familia deba existir un elemento, un poder armonizador, que no es otro que el del jefe de la familia, el del padre; pero ejercido de una manera tal, con tal conciencia, que no se convierta en un poder tiránico, destructor de la personalidad de la mujer; así, pues, en la mutua correspondencia de ambos, en el mutuo auxilio, en la nunca interrumpida union de voluntades está el poder verdaderamente armonizador de la familia, que á falta del padre debe ser ejercido por la madre, y la naturaleza ha provisto tan sábia-

mente, que las funciones de cada uno se llenan sin esfuerzo y sin que puedan producir perturbacion, y tienden á la realizacion de los fines de la familia, natural y constantemente.

24. No pueden ser ménos armónicas y acordadas las relaciones que despues surgen con los hijos, y, con efecto, al prescribirles la razon y el Derecho natural, la obediencia, el respeto y el amor, no hacen más que dar medios de vitalidad y de armonía á una institucion creada por el amor, y por el amor sostenida; por un amor que léjos de extinguirse se aumenta, amplía su esfera de accion, de dia en dia, de momento en momento.

25. Tal vez en el proceso histórico de las edades no se nos presente siempre la familia jurídica ostentando los mismos caractéres que la familia natural presenta, y consiste esto en que siendo la familia el centro donde el hombre realiza todos sus fines, al ocuparse de ella la ley jurídica ha procedido segun las creencias, los hábitos de los diversos tiempos, y segun la mayor ó menor importancia que ha dado á cada uno de los fines que en el seno de la familia se cumplen y realizan.

26. Por esto podrémos nosotros hacer una division capital al ocuparnos del estudio histórico de la familia, á saber, *familia pagana* y *familia cristiana*; y lo hacemos así porque precisamente el cristianismo, dando á la mujer una consideracion que jamas tuvo en el mundo antiguo, vino á cambiar por completo la manera de ser jurídica, moral y social de la familia.

27. Difícil empresa sería seguir esta institucion al traves de los tiempos que pasaron, y examinarla en los diversos pueblos y en las diversas civilizaciones del mundo antiguo; nos limitarémos, por lo tanto, á fijar algunas ideas generales, ampliando algo el estudio relativamente á la familia romana, no sólo porque la historia jurídica de ella nos es perfectamente conocida, sino porque, más ó ménos directamente, es innegable que ha tenido influencia en nuestras leyes y en nuestras costumbres.

28. Sabido es que el mundo antiguo, eminentemente materialista, estaba dominado por la fuerza, y por lo tanto, que sólo ella era considerada y respetada: la mujer, el sér débil y tímido, ni podia ser atendida ni respetada por los orgullosos dominadores, que sólo veian en ella un instrumento de su placer y de su poderío; en todas partes, pues, la mujer considerada así estaba sometida al hombre de tal manera, que perdia por completo su

personalidad, era la esclava y carecia en absoluto de todo poder, de toda influencia, tanto en la familia como en la sociedad, y á esta regla general no se escapa ninguno de los antiguos pueblos. Grecia, la culta, la civilizada Grecia, no consideraba á la mujer mejor que los demas países; en la familia la mujer era la esclava del mismo hombre, que esclavo á su vez de la hermosura se arrastraba á los piés de Lais y de otras cortesanas.

29. Aparece Roma, y en su seno toma la familia un carácter más pronunciado aún; base, cimiento, elemento esencial y constitutivo de la vida política, social y religiosa de aquel pueblo, la familia reviste allí un carácter eminentemente jurídico. Roma, como todos los antiguos pueblos, considera á la mujer como cosa, como un sér privado por completo de toda personalidad, y sometido á la *tutela perpétua* ó á la *manu*, y crea el *pater-familias*, que es la personificacion marcada y más enérgica de la fuerza.

30. El pueblo romano, tan libre y tan celoso de su libertad: el pueblo romano, que tendia á hacer del ciudadano de la altiva Roma el orgulloso señor del mundo, sólo concedia esa libertad al *pater-familias*, al jefe, ante el cual nada eran la mujer ni los hijos; mejor dicho, eran ménos aún que los esclavos. El padre en Roma no sólo tenía sobre su mujer y sus hijos los mismos derechos que sobre las demas cosas que estaban en su patrimonio, como los de venderlos, darlos en noxa y quitarles la vida, sino que era ademas el supremo legislador, juez y señor de su familia: no se formaba ésta ni se sostenia por los lazos del amor y de los derechos y deberes recíprocos, sino por los de la fuerza y la ley, y así cuando natural y necesariamente esos lazos materiales se aflojan, la familia se desmoraliza del modo más aterrador y tremendo, y hace presentir la destruccion del coloso.

31. Empero ya en los últimos tiempos del mundo romano el cristianismo habia aparecido; ya la palabra de redencion se habia escuchado, los dogmas santos de *libertad*, *igualdad* y *fraternidad* venian á cambiar por completo la manera de ser de los hombres y de los pueblos, sustituyendo la fuerza por la razon, la materia por el espíritu, elevando y enalteciendo á la mujer al nivel del hombre, y preparando así su emancipacion, que diez y nueve siglos de lucha áun no han realizado por completo.

32. Necesario era, sin embargo, que nuevos elementos vinie-

sen en apoyo de la nueva idea, y los encargados providencialmente de traer esos elementos son los pueblos del Norte, que salen de sus estepas para destruir el ya por sus vicios derruido mundo romano.

33. En otro lugar de este libro (1) hemos descrito á grandes rasgos el carácter y condiciones de ser de los pueblos invasores; hemos señalado la consideracion que para ellos tenian la mujer y el hombre en general, y cuán distinta era de la que gozaban en Roma; indicamos cuáles eran las bases en que se asentaba la familia, y cómo la benéfica influencia del cristianismo tendió á crear la moderna civilizacion; cómo, en fin, estos grandes acontecimientos no se pudieron realizar de una vez ni en un momento dado.

34. Tócanos ahora solamente, recordando lo dicho, indicar que la mujer en la civilizacion germana pasa de esclava á compañera del hombre, y que los hijos en Roma, eternamente sometidos al padre, adquieren entre los germanos autonomía á los quince años. Cambios tan radicales en las condiciones morales y jurídicas de la familia habian de influir en su existencia material, y de aquí el cambio en el sistema dotal de que nos ocuparémos luégo.

35. La Edad Media, cuyo espíritu fué eminentemente religioso é inspirado en las costumbres y manera de ser de los pueblos invasores, se distingue, no solamente por el respeto y consideracion con que trata á la mujer, especialmente á la mujer noble y aristocrática, sino porque no busca el lazo de union en una forma artificial y jurídica como la familia romana, sino en las relaciones de la paternidad y del parentesco natural y en el respeto y cariño que las relaciones de la sangre originan, y esto se revelá en todas las instituciones jurídicas de aquella época más ó ménos relacionadas con la existencia de la familia, tales como los retractos, mayorazgos y otras.

36. En la edad moderna la familia se aproxima más y más á lo que por derecho natural debe ser, y puede asegurarse que en nuestra época presenciamos tal vez una de sus más grandes y más notables evoluciones, segun despues verémos.

37. Ya hemos indicado que es muy difícil legislar acertada y

---

(1) *Historia*, pág. 95.

convenientemente acerca de la familia; en efecto, es una institucion tan necesaria é inherente á la naturaleza humana, tan íntimamente ligada con la manera esencial de ser del hombre; son tales, tantos y tan elevados los fines que en ella se realizan; es de tal manera orígen y firmísimo asiento de toda sociedad, de todas las instituciones sociales, que cualquier cambio, cualquiera variacion que en ella se realice, ha de producir profundas modificaciones en la manera de ser jurídica y social de los pueblos.

38. Felizmente, como hemos dicho en párrafos anteriores, áun en los tiempos más apartados de nosotros y en que dominaba el más absurdo materialismo, la familia ha conservado como caractéres principales los que el Derecho natural le señala y venido á realizar, aunque en formas distintas y por diversos caminos, la mayor parte de los altos fines que la razon y la moral le asignan.

39. La vida de Esparta, donde la familia apénas existia, ha sido una excepcion que no podrá repetirse en el mundo, y las teorías que hoy se discuten de Fichte, Saint-Simon, Fourier y otros no pueden resistir á la práctica.

40. Las leyes, pues, en esta materia tan ardua como importante, deben cuidar muy mucho de no apartarse de la razon y de la moral, hoy por fortuna mejor apreciadas y conocidas que en los tiempos antiguos, y no introducir variaciones que no estén cuidadosamente preparadas y sean hijas de un profundo y concienzudo estudio.

41. Despues de haber tratado de la familia, de sus caractéres y manera de ser, tócanos hablar del matrimonio, que es el orígen real de la asociacion que se conoce con el nombre de familia, mejor dicho, la asociacion misma. Conocido en todos los pueblos, en todas las edades, en todas las civilizaciones, revistiendo unas veces el carácter de una compra-venta, otras el de un contrato consensual de verdadera sociedad, ya amparado y protegido por la religion, ya por el poder social, ello es lo cierto que constantemente el matrimonio ha revestido los caractéres esenciales de asociacion libre y voluntaria y constante y duradera, si bien la indisolubilidad sólo se la dió el cristianismo.

42. Los caractéres esenciales del matrimonio son:

1.° El consentimiento mutuo de los contrayentes, que forman una sociedad para ciertos fines conocidos.

2.° La igualdad de derechos entre los esposos contrayentes.

3.° La perpetuidad intencional de la union.

Los fines del matrimonio son la procreacion y conservacion de la especie y el auxilio mutuo de los cónyuges.

43. Las formas del matrimonio, como hemos indicado, han sido várias segun los tiempos y los pueblos; en España podrémos dividir en tres épocas el período histórico referente al matrimonio. Época anterior al Concilio Tridentino, época posterior y época moderna.

En la época anterior al Concilio de Trento, el matrimonio en España tenía un carácter eminentemente civil, ó lo que es lo mismo, el Estado legislaba y la Iglesia aceptaba la legislacion civil, si bien ya en la Edad Media comenzó á predominar sobre el Estado, aunque aceptando lo que éste tenía dispuesto.

Cuando el Concilio de Trento legisló ámpliamente acerca del matrimonio y fué adoptado como ley del Reino, el poder civil se sometió por completo al eclesiástico, éste legisló y dispuso como único árbitro en la materia, y el carácter de sacramento fué el preponderante.

En la época presente se volvió á dar vida al matrimonio como contrato y acto natural y civil, prescindiendo del carácter religioso, y por lo tanto, se puede decir que surgió de nuevo el matrimonio contrato, independiente del matrimonio sacramento. Más tarde se ha vuelto á poner en vigor el matrimonio religioso para los católicos, si bien conservando el civil para los sectarios de religiones disidentes.

44. Hoy tenemos en España tres legislaciones vivas y aplicables al matrimonio; la legislacion civil, la canónica y la creada por el decreto de 9 de Febrero de 1875. La primera, para los matrimonios celebrados ántes de 1.° de Setiembre de 1870 en la Península é islas Baleares, y desde el 15 del mismo mes y año en las Canarias, la segunda, para los celebrados y que se celebren desde la fecha indicada, la tercera desde 1875; por lo tanto, no podemos dispensarnos de estudiar el matrimonio conforme con ambas legislaciones, la canónica y la civil, pues ambas son hoy Derecho vigente en la materia.

# LECCION VII.

**Instituciones del Derecho civil.—De las personas. —Matrimonio canónico.**

**SUMARIO.**

1 y 2. *El matrimonio* bajo su forma jurídica.—3. Matrimonio canónico.—4. Requisitos que pueden preceder á su celebracion.—*Esponsales*. 5. Mision del párroco.—6. Condiciones esenciales para el matrimonio canónico. 1.° Consentimiento de los contrayentes. 2.° Presencia del párroco y testigos.—7. Incapacidad ó impedimentos.—8. Dirimentes, su definicion, sus clases.—9. Impedientes. —10. Pueden dispensarse.—11. Quién dispensa.—12. Divorcio en cuanto al vínculo.—13. Divorcio en cuanto al tálamo.—14. Demandas de nulidad.—DERECHO FORAL.—15. CATALUÑA.

1. Si consideramos el *matrimonio* en sí y con relacion á las formas jurídicas que reviste, podrémos decir que se presenta á nuestra consideracion y estudio en una triple faz, esto es, bajo el aspecto puramente natural, bajo el puramente civil y bajo el canónico; y no puede ser de otra manera: la union de varon y mujer para la procreacion y conservacion de la especie es un hecho, es un acto de la vida natural, necesario, anterior á toda ley positiva, independiente de toda ley positiva, como el vivir, el respirar, el moverse; pero como en esa union hay variedad de voluntad, como existen en esa asociacion dos personalidades distintas, que se unen voluntaria, libremente y con conciencia, y como, por lo tanto, realizan un acto moral y de Derecho, encuentran en la moral y en el Derecho natural las condiciones necesarias para que ese acto produzca todas sus naturales consecuencias; empero ese acto se verifica dentro de la sociedad, la afecta profundamente en sus más grandes intereses; por eso no puede dejarla abandonada, por eso el poder y la legislacion civil se ocupan de ella, si bien siguiendo paso á paso las inspiraciones y los preceptos del Derecho natural; en fin, por la misma importancia

del matrimonio, por ser el orígen de la familia y de la sociedad, se ha creido conveniente cubrirlo con la égida de la religion, y el cristianismo le ha elevado á sacramento, y puesto, como tal, bajo la direccion y exclusiva dependencia de la Iglesia.

2. Hemos, aunque ligeramente, hablado en la leccion anterior del matrimonio natural, y señalado cuáles son sus condiciones y sus fines; vamos á ocuparnos ahora del eclesiástico ó canónico, para despues tratar expresamente de la novísima é importante materia del matrimonio civil.

3. MATRIMONIO CANÓNICO *es un sacramento instituido por Jesucristo, propio exclusivamente de legos, por el cual se unen un hombre y una mujer, segun los preceptos de la Iglesia.*

La poligamia y la poliandria están completamente rechazadas por la razon, por el derecho canónico y por el civil español (1). Suele dividirse el matrimonio en *legítimo*, *rato* y *consumado*; algunos autores oponen el legítimo al rato, definiendo el primero, el que se contrae con personas que no profesan la religion cristiana; y el segundo, el que se celebra entre fieles y segun el rito de la Iglesia; pero de conformidad con nuestra legislacion, será matrimonio legítimo el contraido segun las leyes; rato, el en que no ha habido union carnal, y consumado el en que la union carnal se ha verificado. Dividíase tambien en *verdadero*, *putativo* y *presunto*: era el primero el celebrado en debida forma y por personas aptas; el segundo, el que siendo así no lo era en esencia por haberse celebrado con impedimento dirimente; se reputa válido en tanto en cuanto se ha contraido *in facie ecclesiæ*, y los dos cónyuges ó uno de ellos ignoran el impedimento. En él miéntras el impedimento no se conoce, todos los efectos del matrimonio legítimo tienen lugar. El *presunto*, desconocido despues del Concilio de Trento, era el que tenía lugar, ó mejor dicho, se deducia de algun hecho que hacía presumir la celebracion del matrimonio ó al ménos su existencia. Conócense ademas el matrimonio *secreto* ó de *conciencia*, y el de la *mano izquierda* ó de *desigual condicion*.

El *secreto* tiene lugar cuando con conocimiento del obispo se celebra un matrimonio con todas las condiciones canónicas, pero sin proclamas, y quedando secreta su celebracion. No hay nece-

(1) Ley 1.ª y 2.ª, tít. XII, Partida IV, y art. 86, *Código penal* de 1870.

sidad de esforzarse mucho para demostrar que si en ocasiones puede aceptarse esta clase de matrimonios, por punto general son ocasionados á gravísimos abusos y á originar perjuicios sin cuento, ya porque puedan tener lugar entre personas ligadas con vínculos anteriores ó entre los que existan impedimentos ó no hayan cumplido las prescripciones legales, ya porque puedan de ellos nacer causas de nulidad. Verdad es que tienen la garantía de la licencia episcopal, y de que no deben concederse sin justas causas; pero tambien es cierto que en la práctica se burlaron esas garantías hasta el extremo de que el papa Benedicto XIV se creyó obligado á dar una bula sobre la materia (1), á fin de evitar los daños materiales y espirituales que estos matrimonios podian producir; para estos matrimonios y para los bautizos de los hijos que de ellos nacieren, se llevarán por los párrocos libros aparte, y en ellos, con conocimiento del obispo, se harán las inscripciones respectivas, que se mantendrán secretas miéntras los interesados no dieren lugar á que se publiquen.

El matrimonio de la *mano izquierda* tiene lugar cuando se celebra entre dos personas de condicion desigual, y que se teme, por lo tanto, puedan introducir alguna perturbacion en el seno de las familias; tal era el que tenía lugar entre los príncipes y los individuos de la alta aristocracia con los plebeyos ó mujeres de las clases bajas de la sociedad. Hoy puede decirse que este matrimonio sólo existe cuando se trata de personas reales, en cuyo caso éstas pierden sus honores, los hijos de esos matrimonios no llevan los apellidos, ni se consideran como de la familia del padre ó de la madre causa de la desigualdad.

4. Al matrimonio canónico pueden preceder los *esponsales* ó desposorios, que son la *promesa mutua de futuro matrimonio*, dándose á los contrayentes el nombre de *esposos;* los esponsales deben su orígen al Derecho romano, y su nombre, á que se contraian por medio de una sponsion ó estipulacion (2).

Para celebrar esponsales es preciso tener capacidad para contraer matrimonio, prestar los contrayentes el consentimiento y obtener el de los padres (3).

Las razones que por algunos autores se aducen en pro de los

---

(1) Bula de *Satis vobis.*

(2) Ley 1.ª, tít. I, Partida IV.

(3) Cap. 8, *De despensat. impuber.*

esponsales carecen de fundamento; su utilidad no puede decirse siquiera que sea problemática, sino que puede asegurarse sin temor de errar, que ocasionan perjuicios graves, y que son por punto general orígen de largos pleitos. Felizmente, aunque reconocidos por la ley, tienen escasa aplicacion práctica, por lo que no nos extenderémos mucho en tratar de ellos; indicarémos, sin embargo, que segun algunos autores, aunque los esponsales dejen de producir efectos civiles los producirán eclesiásticos, y con ellos el impedimento llamado de pública honestidad.

Los cánones distinguen dos clases de esponsales, los de *presente* y los de *futuro*: son los primeros, el contrato de matrimonio que necesaria é inmediatamente ha de preceder al matrimonio-sacramento, y que casi puede decirse se confunde con él; son los segundos, los que se refieren á un enlace que ha de celebrarse en adelante. Parece que, segun el Tridentino, los esponsales de *presente* han dejado de existir, y sólo quedan los de *futuro*, que, como todo contrato, pueden otorgarse puramente y bajo condicion, siempre que ésta no se oponga á los fines del matrimonio, por señales ó por palabras entre presentes. Pueden contraerlo tambien los impúberes, si bien el contrato no tendrá fuerza obligatoria si no lo ratifican al llegar á la pubertad.

Pueden celebrarse por apoderado; pero si el poder ha sido revocado ántes que el procurador los hubiese contraido, no tendrá fuerza el contrato (1).

Producen la obligacion de contraer matrimonio ó indemnizar al reclamante y permanecer en soltería miéntras el que reclama no se case (2). Disposicion legal que es casi inaplicable, y hoy de todo punto, toda vez que la ley civil no reconoce los esponsales. Sin grave dificultad, y en vista de lo expuesto, se comprende hasta qué punto los esponsales son ocasionados á producir graves perjuicios sin que de ellos, á pesar de cuanto dicen los autores que los defienden, se reporte beneficio alguno; pero si lo expuesto no bastára, y si se necesitáran nuevas pruebas de ello, bastaria fijarse un punto en los efectos que producen; origínase de ellos un lazo tal entre los contrayentes, que sólo puede romperse en virtud de una demanda seguida ante tribunal ecle-

(1) Ley 1.ª, tit. I, Partida IV.
(2) Ley 18, tit. II, lib. X, *Novis. Recop.*

siástico cuando se celebraron por escritura pública que podrá en ocasiones dar lugar, no sólo á que se amoneste á los contrayentes, sino hasta á que se utilice contra ellos como medios coercitivos las censuras eclesiásticas; la negativa de licencia para contraer matrimonio con otras personas, y por la jurisdiccion civil la indemnizacion de daños y perjuicios, la pérdida de donaciones y arras que hubiere dado, y la devolucion doblada de las que hubiere recibido (1), es decir, que un acto que pueden celebrar hasta los impúberes en que puede muy bien intervenir cierta especie de coaccion, no apreciable por la ley, pero real y efectiva, tiene en el Derecho una sancion grave que quizá alguna vez, y sobre todo en nuestra manera de ser moderna, pueda producir tristísimas consecuencias, como sucederá sin duda alguna, cuando hayan mediado actos tales como los comprendidos en el Código Penal (2), que ponen en contraposicion los deberes creados por los esponsales con otros mucho más importantes; parécenos, por lo tanto, que el proyecto de Código Civil no reconociéndolos, y la Ley del matrimonio civil derogándolos en absoluto, han procedido atinada y cuerdamente.

Disuélvense los esponsales: 1.° Por el mutuo disenso, aunque se hubieran celebrado con juramento; 2.°, por matrimonio, recepcion en órden sagrada, ó en religion, de alguno de los contrayentes; 3.°, por enfermedad duradera y contagiosa, ó que desfigure ó haga incapaz para el matrimonio; 4.°, por ausencia, ignorándose el paradero y época de la vuelta; 5.°, por ayuntamiento carnal con otra persona (3). Respecto á los *esponsales*, institucion que derogó, como hemos dicho, por completo y en absoluto la Ley del Matrimonio civil, puede presentarse hoy una cuestion de cierta gravedad, á saber: restablecido el matrimonio canónico con todas sus consecuencias por el decreto de 9 de Febrero de 1875, se han restablecido tambien los esponsales. A juzgar por el contexto literal del decreto, parece que sí; pero teniendo en cuenta la escasa importancia que hoy tiene la institucion, los graves daños que puede producir su uso, y cuánto hemos espuesto, podria creerse lo contrario.

---

(1) Leyes 7.ª, tít. I, Part. IV; 84, tít. VIII, Part. III; 1.ª, tít. XI, Part. IV; 18, tít. II, lib. X, *Nov. Recop.*—Decr. Gregorio IX, *de Sponsalib.*, cap. XVII.

(2) Artículos 453 al 467.

(3) Cap. 2, extr. *De Spons.*—Cap. *un. de vot. in* 6.°—Cap. últ., *De convers. lepros.*—Cap. 5, extr. *De Spons.*—Cap. 25, extr. *De jure jurando.*

5. Para la celebracion de un matrimonio no necesitan los párrocos la licencia del ordinario cuando se celebra entre feligreses propios, en los que se comprende á los soldados licenciados si presentan certificacion de libertad, expedida por el párroco castrense, ó cuando no se haya solicitado dispensa de las proclamas (1).

En el matrimonio eclesiástico no se exigia el consentimiento paterno; mejor dicho, su falta no viciaba el matrimonio, por más que significase un grave pecado. La ley civil lo exigia, y rogaba á los prelados que cuando tuviesen noticia de que faltaba este requisito lo hicieran así constar en las amonestaciones (2).

*Amonestaciones* ó proclamas son los anuncios que por los párrocos de ambos contrayentes se hacen al pueblo en medio de la misa *pro populo* y en tres dias feriados, para que los que sepan de algun impedimento puedan exponerlo. Debe advertirse que el matrimonio no podrá celebrarse el mismo dia que se publicó la última proclama ni hasta despues de los tres dias de fiesta en que tuvieron lugar, si éstos fueron sucesivos, así como pasados dos meses desde la última. Aunque de utilidad suma, porque son una garantía de que no existen impedimentos que puedan viciar y hacer tal vez nulo el matrimonio, no son de esencia de éste y pueden ser dispensadas (3).

6. CONDICIONES ESENCIALES PARA SU CELEBRACION.

1.ª *Consentimiento de los contrayentes.* Puede decirse que el alma del contrato de matrimonio es el consentimiento, que podrá ser expresado por palabras ó por signos ciertos y seguros, pero que ha de ser siempre cierto, verdadero, libre y voluntario (4).

El *error* en las personas, el *miedo* y la *violencia*, contra Derecho y graves, anulan el matrimonio (5).

Las condiciones puestas contra la naturaleza del matrimonio le anulan, pero las que sólo se oponen, aunque sean inmorales, no le vician, y se tienen por no puestas (6).

2.ª *Presencia del párroco y testigos.* Todo matrimonio contrai-

---

(1) Ley 21 Junio 1822.—*Conc. Trid.*, sess. XXIV, *De reformat. matrim.*, c. 1.

(2) *Conc. Trid.*, sess. XXIV, *De ref. matrim.*, c. 1.

(3) *Conc. Trid.*, *id.*

(4) *Con.* I-II, c. 27, pág. 2.—Ley 5.ª, tít. II, Partida IV.—Cap. 13, *De desponsat. impuber.*

(5) Cap. 28, extr. *De Spons.*

(6) Cap. 7, *De condit. appos.*

do sin la intervencion del párroco de los contrayentes ó de otro sacerdote con su licencia, ó la del ordinario y dos ó tres testigos, es canónicamente nulo, pero completamente válido, aunque no se hayan cubierto ninguna de las formalidades legales, con sólo que el párroco como testigo de mayor excepcion lo presencie (1).

7. La Iglesia declara á algunas personas inhábiles para contraer matrimonio: á esta incapacidad legal se da el nombre de *impedimentos*, que son *dirimentes*, que impiden la celebracion del matrimonio, y ya contraido le anulan, é *impedientes*, que son obstáculos para celebrarlo, pero que no le disuelven.

8. Impedimentos dirimentes. Ademas del error, violencia, miedo ó condicion impuesta contra el matrimonio, de que hemos hablado en párrafos anteriores, lo son:

1.º *La incapacidad física*, que puede ser por causa de edad ó por impotencia: por *causa de edad* no pueden contraer matrimonio los varones menores de catorce años y las hembras menores de doce; la Iglesia ha seguido en esto á la legislacion romana, sin tener en cuenta que hay muchos países en que la edad de la pubertad se retarda, y que sería muy beneficioso, áun para aquellos en que más se adelanta, haberse fijado, más aún que en el hecho material de la procreacion, en el moral del desarrollo inteligente del sér (2).

2.º *Por impotencia*, los que son inhábiles para la procreacion, incurable ó perpétuamente, ya en absoluto, ya con relacion al otro cónyuge: si hay duda, se dan tres años para comprobarla, y pasado el tiempo, se disuelve el matrimonio ó pueden continuar viviendo como hermanos. La *impotencia* se distingue de la *esterilidad;* la impotencia absoluta es impedimento dirimente para contraer nuevo matrimonio, no así la relativa (3).

3.º *Parentesco*, que puede ser de *consanguinidad*, de *afinidad*, *espiritual* ó *civil*.

El de *consanguinidad* es la relacion que existe entre personas que descienden del mismo tronco; si esta relacion dimana de una union ilícita, el parentesco será *meramente natural;* ambos se componen de *líneas*, y éstas de *grados* (4).

---

(1) *Conc. Trid.*, sess. XXIV, *De reformat, matrim.* c. 1.
(2) Ley 6.ª, tít. I, c. 4, Part. VI, X, XI, *De despons impuber.*
(3) Capítulos 4, 5, 6 y 7, *De frig. et malefs.*— Ley 4.ª y 7.ª, tít. VIII, Part. IV.
(4) Ley 1.ª, tít. VI, Partida IV.

*Línea* es la serie de personas que provienen de un mismo tronco ú orígen. Es *recta* y *oblícua* ó *trasversal*. *Recta*, cuando unas personas provienen directamente de otras. Es *ascendente* ó *descendente*.

*Trasversal* es la formada por personas que sin descender la una de la otra, provienen de un tronco comun. Es *igual* ó *desigual*, segun que los parientes equidistan ó uno está más próximo que otro al tronco comun.

*Grado* es el paso de distancia de un pariente á otro inmediato, ó las generaciones que hay desde el tronco comun á cada una de las personas (1).

La computacion de grados es *civil* ó *canónica*, que rige sólo en el matrimonio canónico: en la *línea recta* ambas maneras de computar son iguales, aunque aquélla cuenta las generaciones, y la canónica las personas ménos una. En la trasversal, la civil cuenta ambos lados, la canónica uno si son iguales; si desiguales, el más largo (2).

El parentesco puede ser *sencillo* ó *doble*, segun dimane de una sola causa ó de dos personas que unidas entre sí ó con una tercera tengan hijos.

El matrimonio por Derecho natural, civil y canónico está prohibido absolutamente en la línea recta entre ascendientes y descendientes (3), y en la trasversal hasta el cuarto grado inclusive. La prohibicion en la línea recta es conforme con la moral y con la naturaleza, y en la trasversal tiende á velar por la moralidad de las familias.

*Afinidad* es el parentesco que tiene un cónyuge con la familia del otro, y en Derecho canónico nace del matrimonio y de la union carnal ilícita. En realidad no tiene grados, pero se cuentan tantos entre un cónyuge y los parientes del otro como éste dista de ellos. Los parientes de ambos cónyuges no lo son entre sí. El impedimento, si la union es legítima, llega al cuarto grado; si ilegítima, al segundo (4).

La *casi-afinidad* nace de los esponsales ó del matrimonio rato,

(1) Leyes 2.ª y 3.ª, tít. VI, Partida IV.
(2) Leyes 3.ª y 4.ª. tít. VI, Partida IV.
(3) *Conc. Trid.*, *sess.* XXIV, *De reformat. matrim.*, capítulos 3 y 4.
(4) Ley 5.ª, tít. VI, Partida IV.—*Conc. Trid.*, sess. XXIX, *De reform. matrim.*, cap. 4.

y se extiende al primer grado si nace de los esponsales, y al cuarto si del matrimonio.

*Parentesco espiritual*, que nace del bautismo y confirmacion, y le contraen el padrino y el ministro del sacramento con el bautizado ó confirmado y con sus padres; respecto á este impedimento, podria preguntarse cómo entre el ministro del sacramento y el sacramentado puede existir el impedimento cuando el primero lo tiene por razon de su estado: respecto á la confirmacion nada hay qne decir, pero en cuanto al bautismo debe tenerse en cuenta que muchas veces el ministro es un lego, lo cual acontece siempre que en caso de necesidad el bautismo se administra por una persona cualquiera (1).

*Parentesco legal*, que nace de la adopcion, es impedimento dirimente en la línea recta del adoptante y adoptado, áun disuelta la adopcion. En la trasversal, entre el adoptado y la descendendencia natural del adoptante, miéntras permanecen en patria potestad, y entre el adoptante y la mujer del adoptado, y éste y la mujer del adoptante (2).

4.° *Crímen*, es impedimento dirimente:

1.° Entre el raptor y la robada, miéntras ésta, separada de aquél, no consienta.

2.° Entre los adúlteros, si uno ó ambos ejecutaron ó fraguaron la muerte del otro cónyuge, ó si pactaron, viviendo aquél, el celebrar matrimonio.

3.° Entre la mujer y el asesino de su marido, sólo si estuvieron de acuerdo.

4.° Entre los que se casan sabiendo que uno de ellos estaba ligado á otro matrimonio (3).

5. *Por razon de religion*, no pueden contraer matrimonio el cristiano con la infiel, ni los que han hecho voto solemne de castidad (4).

6. *Si existe matrimonio anterior*; pues miéntras no se disuelva no podrá celebrarse otro, que sería nulo.

---

(1) *Conc. Trid.*, sess. XXIV, c. 2.

(2) C. 6, cap. 30, q. v, cap. 1, extr. *De cong. legal.*

(3) *Conc. Trid.*, sess. XXIV, *De ref. matrim.*, c. 6.—Cap. 3, extr. *De eo duxit in matr.*—Ley 19, tít. II, Partida IV.—Cap. 1, extr. *De conver. inf.*—Cap. *Domis de sec. nup.*

(4) Leyes 11, 15 y 16, tít. II, Partida IV.

9. IMPEDIMENTOS IMPEDIENTES; son los esponsales, voto simple de castidad, disparidad de cultos é ignorancia de los rudimentos de la religion (1).

10. Los impedimentos no son siempre y en absoluto causas de nulidad del matrimonio, sino que muchos pueden dispensarse y otros no necesitan dispensa. No pueden dispensarse los impedimentos nacidos: de impotencia, falta de edad, voto solemne de religion y órden sagrado, parentesco en línea recta y primer grado consanguíneo de la trasversal.

11. La facultad de dispensar corresponde al Pontífice en los dirimentes; al Obispo en los impedientes, excepto el voto de castidad y la disparidad de cultos, que están reservados al Romano Pontífice. Ademas de los obispos pueden dispensar el Nuncio de Su Santidad en los casos designados en las letras de su nombramiento (2).

El Comisario de Cruzada, en el de afinidad proveniente de ilícito ayuntamiento.

El Patriarca de las Indias, con respecto á los militares de su jurisdiccion, en todos los impedimentos dirimentes que aparezcan despues de celebrado el matrimonio (3).

El matrimonio contraido sin dispensa de impedimento dirimente no se disuelve, porque es nulo; la disolucion tiene sólo lugar por la muerte de uno de los cónyuges ó por divorcio.

12. *Divorcio* es la separacion legal de los cónyuges, y puede ser en cuanto al vínculo, ó sólo en el tálamo y cohabitacion. La Iglesia ha sido muy parca para autorizar el divorcio en cuanto al vínculo; sólo un caso existe en el matrimonio consumado, que es cuando casados dos infieles, uno de ellos ha abrazado el cristianismo (4). El matrimonio rato puede disolverse por la profesion religiosa en órden aprobado, pero no por recibir órden sagrado ni hacer voto de castidad (5).

13. El divorcio, en cuanto al tálamo, puede tener lugar, ó por

---

(1) Ley 7.ª, tít. I, Partida IV.—Ley 2.ª, tít. II, Partida IV.—*Conc. Trid.*, sess. XXIV, *De ref. matr.*

(2) *Conc. Trid.*, sess. XXIV, *De ref. matr.*, c. 5.—Benedict. XIV, *De Syn diœc.*, lib. IX, c. 10.

(3) Circular de 9 de Junio de 1848.

(4) Ley 2.ª, tít. X, Partida IV, Cánon 4, c. 20, pág. 8, c. 7, extr. *De divor.*

(5) *Conc. Trid.*, sess XXIV, *De sacr. matr.*, Cánon. 6.

consentimiento de ambos cónyuges ó por voluntad de uno solo, y para que la Iglesia lo autorice ha de haber justa causa y sentencia firme (1).

Es tan importante en el matrimonio el principio de la indisolubilidad; hasta tal punto huye la Iglesia de la poligamia simultánea y de la poliandria, que creemos necesario extendernos algo más en la cuestion de divorcio; debiendo advertir de paso que hasta tal punto la Iglesia se opone á la poligamia, que hasta prohibe á los bigamos por haber celebrado segundas nupcias el que puedan recibir las sagradas Ordenes.

Cierto es que en algunos tiempos la Iglesia permitió á los casados que pudieran contraer un nuevo enlace rompiéndose el primero por causas especiales, pero más adelante, y especialmente desde el Concilio de Trento, la indisolubilidad absoluta del matrimonio quedó aceptada y definida de una manera concluyente.

Hemos visto ya de qué modo se disuelve por el divorcio el matrimonio rato; ¿hay algun caso en que tambien se disuelva el matrimonio consumado? Uno hay, raro por cierto, y acompañado de tales circunstancias, que da á entender muy claramente hasta qué punto la Iglesia ha tenido en cuenta como principio absoluto el de la indisolubilidad.

El matrimonio consumado, pues, sólo se disolverá en cuanto al vínculo, como hemos indicado, en el caso en que unidos en matrimonio dos infieles ó gentiles, segun su religion, el uno se convierta á la católica, y el otro, no haciéndolo, no quiera vivir con el convertido ó no deje de molestarle é inclinarle á la apostasía. Y áun en este caso, y ántes de pronunciar el divorcio en cuanto al vínculo, que no podrá tener lugar sin dispensa de Su Santidad, no se trate de conciliar estos extremos; pero debiéndose advertir que si despues de pronunciado el divorcio, pero ántes de casarse de nuevo ó entrar en religion el cónyuge convertido, el infiel se hiciera católico, el matrimonio se revalidará á su primer estado (2).

El divorcio, pues, por punto general y con rarísimas excepciones, como hemos visto, no rompe el vínculo, sino sólo determina la separacion material en cuanto al tálamo y mútua cohabi-

(1) Ley 5.ª, tít. x, Partida IV, Decret. de Greg. IX.

(2) Benedicto XIV, lib. VI y XIII, *de Synod. Diœc.*, cap. VII y VIII, *de Divort. Decret.*, Gregorio IX, ley 3.ª, tít. x, Partida IV.

tacion, y áun para eso, como hemos dicho, se necesitan justas causas, que aunque no están marcadas taxativamente, pueden consistir :

1.º En la entrada en religion aprobada de los dos ó de uno solo de los cónyuges, consintiéndolo el otro, prévio ofrecimiento de guardar castidad, y siempre con la aprobacion del obispo.

2.º En ser un cónyuge ocasion de pecado para otro.

3.º En hacerse uno de los cónyuges hereje ó apóstata.

4.º En la sevicia del marido hácia la mujer ó en profesarle ódio capital.

5.º En el adulterio, si no está remitido por el cónyuge injuriado.

Parece, teniendo en cuenta la índole esencial del matrimonio, fijándose en la alta importancia social, civil y religiosa, sobre todo, que el matrimonio católico ostenta, que las causas por algunos indicadas como bastantes para el divorcio que nacen de enfermedad, léjos de serlo deberian considerarse como condiciones que más unieran á los casados. En efecto, si no es sólo el orígen del matrimonio y su causa ocasional la procreacion; si natural, moral y religiosamente el matrimonio se ha creado ademas para el mútuo auxilio de los cónyuges, ¿cómo romperlo, cómo desunirlos cuando uno de ellos necesita más del amparo y del auxilio del otro cónyuge? Podrá la enfermedad ser causa para la separacion del tálamo, pero nunca para la separacion, nunca para la ruptura del vínculo.

Quizás, allá en remotos tiempos, cuando la lepra y otras enfermedades contagiosas se miraban, no sólo como orígen de gravísimos males y de separacion entre el infestado y los demas hombres, sino hasta como un castigo que Dios enviaba, pudiera aceptarse la doctrina ; pero hoy no es posible en manera alguna que la Ley civil, ni la natural, ni la canónica, autoricen doctrina semejante.

En estos casos es cuando la razon, la justicia, las leyes positivas, la moral, y sobre todo una religion santa de abnegacion y de sacrificio, tienen que exigir sacrificios y abnegacion; en esos momentos tremendos de pena y de dolor es donde los hijos pueden aprender los altos deberes que han de ejercitar algun dia; en esos momentos de pena y de dolor es cuando el matrimonio INDISOLUBLE más se enaltece y se sublima; en esos momentos es cuando la bendicion de Dios aparece más grande y sacrosanta.

En la felicidad es fácil vivir bien y estar unidos; pero cuando brilla la virtud, cuando la abnegacion se eleva y santifica, es cuando la pena abate el ánimo, cuando el dolor destroza la materia, cuando el placer desaparece, y sólo queda para un cónyuge el sufrimiento, para el otro el consuelo y el alivio del que sufre.

Si nuestras antiguas leyes, cediendo á añejas creencias, á temores de aquellas épocas, pudieron permitir la separacion por causa de enfermedades contagiosas, las de la época presente, no tomando estas causas en cuenta para el divorcio, responden á las santas exigencias de la religion, de la moral, de la justicia y del Derecho.

Si se acepta el matrimonio bajo el punto de vista canónico, si se acepta como ley del Reino lo en esta materia dispuesto por el Concilio Tridentino, claro es que las cuestiones de divorcio, como las de nulidad de matrimonio, de que nos ocuparémos á su tiempo, en su esencia y resolucion definitiva, han de corresponder á la autoridad y á los Tribunales eclesiásticos; pero como hemos dicho con repeticion, el matrimonio se presenta al estudio del legislador y del jurisconsulto de una manera tan compleja, con condiciones tales, que aceptando en él una parte fundamental eminentemente religiosa y canónica, no se puede prescindir de la parte puramente civil que ostenta; y véase por qué en el divorcio, al par que la resolucion definitiva pertenece á la autoridad eclesiástica, la parte puramente externa corresponde sola y exclusivamente á la autoridad civil.

Por un juicio de paz se comienza ántes de poder entablar el divorcio en el Tribunal eclesiástico; á la jurisdiccion civil corresponden todas las cuestiones de depósito, alimentos, guarda de los hijos, administracion de bienes y otras que se sustanciarán con arreglo á las leyes civiles, y especialmente á la de Enjuiciamiento.

Las consecuencias todas de la declaracion del divorcio, excepto la de separacion, corresponderán á la autoridad civil.

14. Las demandas de nulidad de matrimonios canónicos celebrados ántes de promulgada la ley del matrimonio civil, se seguirán ante la autoridad eclesiástica y producirán efectos civiles (1). Las que se incoen despues de promulgado el decreto

(1) Ley de 18 Junio 1870, *Dispos. trans.*, art. 1.°

de 9 de Febrero tambien ante la misma autoridad; pero las que desde 1870 á 1875 se hayan seguido ante los tribunales civiles, las producirán en toda su extension si ha recaido sentencia; si no, se devuelven á la autoridad eclesiástica (1).

## DERECHO FORAL.

15. CATALUÑA.—Los *Utsajes* establecen, que si se ha pactado pena en los esponsales de futuro, ésta se adjudique al que quiera guardar el pacto si el otro se separa (2).

---

(1) Decreto 9 Febrero é Instruc. 19 de 1875.
(2) Ley 1.ª, tít. I, lib. V de los *Utsajes*.

# LECCION VIII.

**Instituciones del Derecho civil. — De las personas. — Matrimonio civil.**

---

**SUMARIO.**

1. Del *matrimonio civil.*—2. Razon de su establecimiento en España.—3. Sistemas que se han seguido para el establecimiento del matrimonio civil.—4. 1.° Sistema de no legislar. Sus inconvenientes.—5. 2.° Sistema de legislar civilmente. Sus ventajas.—6. En España se adoptó el segundo sistema.—7. Dificultades con que tenía que luchar el legislador español.—8. Análisis de la ley en su forma extrínseca ó artística y en su forma intrínsica ó esencial.—9. 1.° Forma extrínseca ó artística.—10. 2.° Forma intrínseca de la ley.—11. Impugnadores de la ley.—12. Razon de su existencia.

1. Al ocuparnos en la leccion precedente (deciamos en la primera edicion) del matrimonio en su forma canónica, hemos apuntado las razones que para hacerlo nos asistian, á pesar de haber hoy cambiado radicalmente las formas y maneras de ser de aquella institucion, merced á la ley provisional de Matrimonio civil, sancionada en 24 de Mayo y promulgada en 18 de Junio de 1870 : hoy que, merced al decreto tantas veces citado de 9 de Febrero de 1875, parece que ha terminado por completo la existencia de la ley del Matrimonio civil, nos ocupamos de ella, tanto porque áun se tocan sus consecuencias, cuanto porque está vigente para aquellos que manifiestan de una manera ostensible que no son católicos.

Ya lo hemos dicho : bajo tres fases distintas se puede considerar el Matrimonio : ó bajo la del derecho natural ó racional, que puede decirse es la base y el sólido cimiento de la institucion, ó bajo la forma religiosa, que le da el carácter de un acto consagrado, pero que ha seguido constantemente la marcha prescrita por la razon y la naturaleza, ó bajo el aspecto civil, que siguiendo, ó debiendo seguir paso á paso las prescripciones del Derecho natu-

ral, amplía y regula sus principios en relacion con multitud de actos de la vida dependientes del matrimonio, que se realizan en el seno de la familia y que interesan sobradamente al Estado y á la sociedad para que la ley positiva pueda prescindir de ellos.

2. Si miéntras en España no se reconocia más que el catolicismo como única y dominante religion del Estado, pudo regirse el matrimonio por la legislacion canónica, sancionada en el Concilio Tridentino y elevada á ley del reino (1), aunque á veces separada y en contradiccion con nuestra legislacion civil en materias análogas é íntimamente relacionadas con la institucion; desde el momento en que, promulgada la Constitucion de 1869, se declaró la libertad de cultos, no era posible que el matrimonio se rigiese solamente por la ley eclesiástica, porque siendo ésta aplicable sólo á los católicos, los que no lo fueran no podrian contraer matrimonio, y vivirian en concubinato. Ademas, muchos habian contraido matrimonio sin sujetarse á la ley canónica, y aunque realmente ese matrimonio no existia de Derecho, era preciso, para el triunfo de las nuevas instituciones, convalidarlo.

Estas consideraciones, y algunas otras no ménos poderosas, expresadas con precision y claridad en la exposicion de motivos de la ley de 18 de Junio de 1870, dieron orígen á la nueva institucion del matrimonio civil creada por ella. Objeto ha sido esta ley de apasionadas y acres censuras por parte de algunos; nosotros, al estudiarla, trataremos de hacerlo prescindiendo de toda pasion y con la más severa imparcialidad.

Dada por una parte la libertad de conciencia, y por otra los profundos cambios introducidos por la ley civil en muchas instituciones que se rozan con la familia, era indispensable secularizar de cierta manera la legislacion referente á matrimonios. Hemos ya indicado cómo la libertad religiosa hace imposible la universalidad y exclusivismo de la legislacion canónica; veamos cómo ciertas disposiciones legales estaban tambien con ella en contradiccion. La ley civil exige para la celebracion del matrimonio el consentimiento paterno ó de las personas en su defecto marcadas; que hayan pasado trescientos un dias de la disolucion de un matrimonio para que la viuda pueda celebrar otro; que los tutores hayan dado cuentas ántes de casarse con sus pupilas;

(1) Real cédula de 12 Julio 1564.

pues bien, estas disposiciones civiles, importantísimas para el buen órden de la familia y para el social, se habian dado y la legislacion canónica no las tenía para nada en cuenta; resultando de aquí que en muchas ocasiones el matrimonio se celebraba, era válido, y producia, por lo tanto, todos sus efectos como contrato y como sacramento, y sin embargo, se habian burlado al mismo tiempo, ó por lo ménos se habia prescindido de las prescripciones legales.

3. Dos sistemas se presentaban al legislador para establecer el matrimonio civil; era el uno el que han seguido las naciones protestantes, *el de no legislar acerca del matrimonio;* otro, el seguido por las naciones católicas, que es *el de formar el Estado una legislacion civil, prescindiendo de toda sancion religiosa.*

4. 1.er SISTEMA. El Estado considera el matrimonio como una institucion completamente ajena á la vida civil, y la mira sólo bajo el punto de vista religioso, abandonando á la iniciativa individual el formalizar el acto, y por consecuencia, acudir al ministro de la religion que tenga por conveniente, que es al par ministro religioso y civil del matrimonio. Basta fijarse un punto en este sistema para comprender los graves defectos de que adolece. Cada secta religiosa tiene en materia de matrimonios sus creencias y sus reglas especiales; por lo tanto, no sólo falta la base de unidad para la vida de familia, sino que á las veces surgirán graves dificultades para la celebracion de matrimonios entre personas pertenecientes á distintas sectas, ó á sectas que no tengan representacion religiosa en el país donde el matrimonio va á celebrarse, ó entre personas que no estén afiliadas á ninguna.

5. 2.º SISTEMA. Las dificultades enunciadas en el párrafo anterior no existen cuando el poder social toma la iniciativa y legisla acerca del matrimonio, porque no deteniéndose en las creencias de cada uno, tomando el matrimonio como una institucion necesaria para la existencia social, y en la que debe haber completa igualdad entre todos y para todos los miembros de una nacion, establece sobre sólidos cimientos la familia, y, por lo tanto, la sociedad. Define precisa y claramente los derechos y obligaciones de cada uno, y, por lo tanto, evita todo error, toda vacilacion en materia de suyo tan importante.

Las razones ligeramente apuntadas, tal vez no basten para re-

solver cuestion tan importante, y que ha dado márgen á encontradas opiniones, defendidas con calor por los defensores de cada sistema; pero la índole de este trabajo no nos permite dar más extension á su estudio.

6. Siguióse, como hemos dicho, en España el segundo sistema, esto es, el de someter la institucion del matrimonio á una legislacion general puramente civil, y en la que se prescinde por completo de todo principio religioso, y se deja á la voluntad particular el dar al matrimonio la sancion religiosa que más le agrade, ó no darle ninguna, haciendo así una completa y bien definida separacion entre el matrimonio considerado en su faz civil y en su faz religiosa.

7. No era el solo escollo que al legislador español se presentaba el de escoger un sistema que sirviese de base á legislacion tan importante; otro no ménos grave y peligroso era necesario salvar. España habia vivido durante muchos siglos dominada por la unidad religiosa, viendo en el matrimonio una institucion eminentemente canónica, considerándola bajo el punto de vista del sacramento más que bajo el de contrato civil, y era necesario pasar de un órden de ideas á otro sin herir las conciencias, sin producir en ellas y en el seno de las familias una honda perturbacion. La ley, pues, separando lo que es verdaderamente del sacramento de lo que corresponde al contrato, ha adoptado disposiciones que puede decirse marchan paralelamente con las canónicas; más aún, reconoce de cierta manera el matrimonio canónico, no le niega su validez, si bien sólo concede efectos civiles al contraido civilmente. No exige siquiera que el un matrimonio preceda al otro (1).

Tal vez si las autoridades eclesiásticas y las civiles hubieran comprendido su alta mision, y que es en balde oponerse á lo que el progreso y providencial movimiento de los tiempos reclama, si se hubieran unido en un pensamiento, la ley, hecha de comun acuerdo con ambas potestades, hubiera dado ménos lugar á dificultades, se hubiera planteado más acordadamente, y producido mejores y más prontos frutos, sin haber sublevado las conciencias.

8. Sentados estos preliminares, ocupémonos de analizar rápi-

(1) *Ley provisional del matrimonio civil*, artículos 2.º y 34.

damente la ley, tanto en su faz intrínseca y esencial, como en la extrínseca ó artística.

9. 1.° *Forma artística de la ley.* Precedida de una Exposicion de motivos que explican las causas y razones por que se ha dado, justificándolas en su totalidad y en cada una de sus partes, aparece la ley, dividida en ocho capítulos, una disposicion general y dos artículos con el epígrafe de *disposiciones transitorias.*

Los capítulos segundo, tercero, quinto, séptimo y octavo se dividen en secciones, y la segunda del capítulo quinto se subdivide en tres partes.

Toda la materia de matrimonio se encierra en los ocho capítulos de esta ley, y en los quinto y sexto especialmente del Reglamento provisional para su aplicacion, aprobado en 13 de Diciembre de 1870.

La forma artística que se desenvuelve en la ley es aceptable y bastante lógica ; á la definicion del matrimonio sigue la fijacion de las condiciones de idoneidad para contraerlo y formas de dispensacion ; fíjanse en seguida las diligencias preliminares para su celebracion, que no son otra cosa que garantías establecidas para evitar abusos de todas clases, en cuanto esto sea posible á la prevision humana ; pensamiento que preside tambien en las disposiciones relativas á la celebracion del matrimonio ; dada ya la existencia de éste, pasa la ley á señalar sus efectos en las personas y en los bienes de los cónyuges y sus descendientes, y los medios legales de prueba, ocupándose en seguida del divorcio, disolucion y nulidad del matrimonio.

Con fijarse solamente en la exposicion que acabamos de hacer se comprende que, como deciamos, la parte artística es buena y aceptable ; en efecto, en buena lógica, lo primero es dar á conocer la naturaleza de las cosas, despues los preliminares necesarios para que existan, cómo nacen, qué efectos producen y cómo terminan, puesto que todo tiene término en la tierra, y con todas estas condiciones cumple la ley cuyo exámen nos ocupa.

10. 2.° *Forma intrínseca:* Sin que nosotros aspiremos á dar una opinion sobre la ley del Matrimonio civil, no sólo porque semejante trabajo es muy superior á una obra como la que escribimos, sino tambien porque su bondad intrínseca se prueba sólo en la práctica, dirémos que en la necesidad de dar la ley, sus autores han estado bastante prudentes tomando un doble punto de

partida, ya en nuestra antigua legislacion, ya en la canónica, y tratando de hermanar de esta manera lo que puede decirse propio del antiguo pueblo español con lo que la ley y la práctica de varios siglos habian tambien hecho propio y aceptado; claro es que no han olvidado tampoco cuanto nuevas leyes, aunque anteriores á la que nos ocupa, han modificado y variado, especialmente en la parte de preliminares y en la de los efectos del matrimonio.

11. No han faltado quienes acusen á la ley de haber seguido demasiado de cerca y paso á paso á la legislacion canónica, como otros la acusan de haber roto con ella y traido la perturbacion á las conciencias; creemos que no existe razon para hacerla estos cargos. Verdad es que la ley del Matrimonio civil pudo separarse mucho más de la legislacion canónica; verdad es que pudo hacer modificaciones más profundas, pero tambien es cierto que, como deciamos en lecciones anteriores al ocuparnos de la familia, la ley civil y positiva debe ser muy parca y cuidadosa al tocar una institucion tan importante.

El legislador, pues, hizo bien en no cambiar más que lo que era absolutamente necesario cambiar y modificar, siguiendo en todo lo demas lo que de antemano estaba constituido, y preparar al mismo tiempo la opinion para nuevas modificaciones, caso de ser necesarias. Hemos creido siempre que cambiar por su base en un momento dado y por sólo un acto de la voluntad instituciones seculares, es casi siempre un acto ocasionado á producir graves males, no siendo el menor el que esas nuevas leyes no arraiguen, por no hallar convenientemente preparados á los pueblos; esto quizás ha acontecido con la ley que nos ocupa, derogada en parte por disposiciones posteriores.

No podia ocultarse á nadie que la innovacion de que se trata, por lo mismo que toca á lo más sagrado que el hombre tiene sobre la tierra, á la familia, no sólo habia de alarmar las conciencias de muchos, sino que habia de prestar armas á no pocos para combatir lo nuevo sin tregua y sin descanso, como en efecto ha sucedido. Verdad es que esa lucha ha traido la discusion, en que han tomado parte los más célebres jurisconsultos de España, y surgirá la luz, y la legislacion en este punto se perfeccionará, precisamente acordándose con la canónica y formándose de ambas una más perfecta y acabada.

12. ¿En qué puede consistir que habiendo los legisladores contemporizado cuanto les era posible con lo que existia, habiendo creado sin destruir, hayan sido tan rudamente combatidos? Creemos que puede atribuirse científicamente la lucha á que sus mantenedores no han estudiado bien la índole del matrimonio, ni deslindado sus caractéres esenciales. Si se hubieran fijado en ellos, hubieran comprendido, como hemos dicho várias veces, que el matrimonio tiene tres aspectos: el natural, el civil y el religioso; que confundirlos producirá siempre males graves, y que bien definidos y bien caracterizados permitirán que esa institucion se mueva en cada una de sus esferas con entera independencia, y produciendo en cada una los efectos que debe producir; ya en otro lugar hemos señalado cómo el no considerarse el matrimonio en nuestra España más que bajo el aspecto religioso ha dado orígen á que multitud de disposiciones civiles importantísimas, y que sin duda alguna estaban llamadas á producir inmensos bienes á las familias, fueran casi letra muerta, pues la autoridad eclesiástica, al celebrar los matrimonios, prescindia de ellas muchas veces por completo, y la sancion penal, sobre ineficaz, porque el acto celebrado quedaba válido é indestructible, era cruel en demasía y casi siempre inaplicable.

La ley ha tratado de hacer implícitamente la separacion y de marcar á cada faz de la institucion su esfera propia de actividad, deslindando los campos; cada uno puede saber con fijeza de dónde puede partir y hasta dónde puede y debe llegar.

Terminadas las reflexiones que como preliminares de la materia hemos creido necesario indicar, nos ocuparémos en las lecciones subsiguientes de hacer el estudio detallado de la ley.

# LECCION IX.

**Instituciones del Dereche civil español.—Personas.—Análisis de la ley del Matrimonio civil.**

**SUMARIO.**

1 y 2. Razon del método.—3 al 6. Naturaleza del *matrimonio civil*, su comparacion con el canónico. No reconoce los esponsales.—7. De la idoneidad para contraer matrimonio.—8. Circunstancias de *aptitud*. 1.ª Los *púberes*. 2.ª Los que están en el *pleno uso de su razon*. 3.ª Los que *no son impotentes*.—9. Impedimentos absolutos. 1.° Los ligados por *otro matrimonio*. 2.° Los católicos *ordenados in sacris*. 3.° Los hijos de *familia* y *menores*. Del consentimiento paterno. Cuándo y cómo debe prestarse. Hasta qué edad. Del consejo paterno. Parte penal. 4.° La *viuda* ántes de los trescientos un dia de disuelto el primer matrimonio.—10. Impedimentos relativos. 1.° Parentesco en línea recta. 2.° Colateral por consanguinidad legítima. 3.° Por afinidad legítima. 4.° Colateral por consanguinidad natural. 5.° Adoptantes y adoptados. 6.° Descendientes del adoptante y adoptado. 7.° Adulterio. 8.° Muerte á un cónyuge. 9.° El tutor. 10.° Los descendientes del tutor.—11. Cuestiones acerca de los dos últimos impedimentos.—12. Parte penal.—13. Parte penal general al que viole los impedimentos.—14. Obligaciones de dotar.—15 y 16. Dispensas, modo de pedirlas, forma de su concesion.

1. Despues de haber examinado en la leccion anterior rápidamente y en conjunto la ley del Matrimonio civil, tócanos ahora proceder á su análisis y estudio razonado.

2. En una ley como la que nos ocupa, concisa, ordenada, y cuya forma artística, como hemos dicho, es acertada, debemos seguir el método seguido por la ley, y por lo tanto, no apartarnos del texto, si bien tomarémos de nuestras antiguas leyes cuanto con aquélla se relaciona y está vigente; así creemos facilitar el estudio y hacer más fáciles tambien las consultas.

3. Comienza la ley por fijar la Naturaleza del matrimonio, y al hacerlo define el matrimonio en el primer artículo, diciendo que *es por su nturaleza perpétuo é indisoluble.* Sin ser ésta una definicion tal cual la ciencia pudiera hacerla, es muy bas-

tante para señalar la esencia del matrimonio, que es la *perpetuidad é indisolubilidad;* no falta quien acuse á la ley de haberse ceñido demasiado á la consideracion canónica del matrimonio, al decir por su naturaleza, fundándose en que la naturaleza de él, racional y legalmente considerada, no es la *indisolubilidad*, rudamente combatida por muchos filósofos, pero sin la que la familia es imposible.

4. Cierto es que éstos la han combatido; pero no lo es ménos que el Derecho natural y la razon la aceptan como condicion necesaria de vida, de estabilidad y fijeza en la familia; ademas, existe una razon puramente española para haberla aceptado; el matrimonio canónico, único legal hasta ahora en nuestra patria, la ostentaba como con carácter esencial, y áun dado caso de que no fuera carácter de Derecho natural, era preciso transigir con él, y tanto es esto así, y tanto estaba en la mente de todos, que el Tribunal Supremo (1) declaró que el departimiento de que hablan las leyes de Partida (2) es el que procede del divorcio y no se refiere á la disolucion del vínculo.

5. Sigue la ley ocupándose del matrimonio civil, para darle validez y hacerlo necesario. Dos medios tenía para conseguirlo: era el uno prohibir directa y explícitamente toda otra forma; era el otro prescindir de esto y adoptar medios indirectos, y sin embargo obligatorios: para evitar toda perturbacion, adopta el segundo, y dice que *el matrimonio que no se celebre con arreglo á esta ley, no producirá efectos civiles con respecto á las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes* (3).

6. Al ocuparnos del matrimonio canónico, dijimos que solian precederle los esponsales; importacion del Derecho romano, llegaron á tener en nuestra patria una extraordinaria extension, y sin prestar utilidad ni beneficio alguno, se convirtieron en un lazo tendido á la inexperiencia y á la buena fe. Nuestras leyes civiles, exigiendo la escritura pública y el consentimiento paterno (4), y las canónicas rehuyendo la coaccion, trataron de limitar sus efectos perniciosos. La ley es más explícita, no los reco-

---

(1) Sentencia de 18 de Octubre de 1871.—Art. 1.º de la *Ley provisional del matrimonio civil.*

(2) Ley 3.ª, tít. XIX, Partida IV.

(3) Art. 2.º de la *Ley provisional.*

(4) Ley 18, tít. II, lib. X, *Nov. Recop.*

noce. *Tampoco*, dice, *producirán obligacion civil las promesas de futuro matrimonio... ni las cláusulas penales, ni cualesquiera otras que en ellas se estipulen* (1).

7. El capítulo segundo trata DE LA IDONEIDAD PARA EL MATRIMONIO y se divide en dos secciones.

8. *De las circunstancias de aptitud necesarias para contraer matrimonio* se ocupa la primera, y siguiendo la doctrina de que la capacidad es la regla general, comienza declarando quiénes son aptos para celebrarlo, y quiénes, áun cuando tengan aptitud, no pueden contraerlo; podríamos decir que la ley acepta incapacidades é impedimentos. *Son aptos:*

1.º *Los púberes, entendiéndose que el varon lo es á los catorce años cumplidos y la mujer á los doce.* Se han seguido en esto las disposiciones del Derecho romano, del antiguo español y del canónico (2); pero ¿ha estado la ley acertada al hacerlo? Cuestion es ésta que creemos de suma importancia y sobre la que nos parece conveniente llamar la atencion.

Si el matrimonio no tuviera otro fin que la procreacion, nada tendríamos que objetar; el clima de España, por punto general, hace que en la edad marcada respectivamente el hombre y la mujer sean hábiles para procrear; pero el matrimonio tiene otros fines, si no más altos, tan importantes al ménos, cuales son la conservacion de la prole, su educacion y el mutuo auxilio de los cónyuges; ¿y es posible que en la edad marcada los cónyuges reunan las condiciones necesarias para llenar estos fines, tan primarios como el de la generacion? Por punto general no; ni la inteligencia está bastante desarrollada, ni la razon impera lo suficiente para que el hombre y la mujer en esas edades puedan ocuparse de tan graves obligaciones; pero es más aún, las leyes de todos los tiempos, de todos los países, han creido que en esa edad están, tanto el hombre como la mujer, en un estado tal de desarrollo, que no son capaces de contratar y obligarse por sí solos; hasta la ley penal les considera como seres incompletos; ¿y es posible que el que no es apto para vender una finca pueda serlo pa-

---

(1) *Ley provisional*, art. 3.º

(2) Ley 6.ª, tit. I, Partida II.—Capítulos 6, 10 y 11, *De despons. impub.*—Gay C. I, S. 196.—Inst., lib. IV, tít. XXI.—*Ley provisional*, art. 4.º, circunstancia primera.

ra decidir del porvenir de toda su vida, y hasta del porvenir tal vez de algunas generaciones?

La razon que se da de que en esa edad dominan las pasiones nos parece contraproducente; jamas la ley puede preferir el imperio de la pasion al de la razon, ni la pasion, siempre ciega y pasajera siempre, es la mejor garantía de buenos matrimonios. Parécenos que en esto se ha seguido con no sobrado discernimiento á las legislaciones antiguas, en que no siendo indisoluble el matrimonio, pesando sobre los hijos áun casados la potestad del padre, siendo la familia puramente artificial, y, sobre todo, considerándose como de suma importancia social el acrecentamiento de la poblacion, se fijó esa edad : ¿por qué no elevarla á los diez y ocho y diez y seis respectivamente?

Dada la regla que acabamos de analizar, y perseverante la ley en fijar la constancia é indisolubilidad del vínculo, parécenos acertada la disposicion del segundo párrafo. *Se tendrá, no obstante, por revalidado* ipso facto *y sin necesidad de declaracion expresa, el matrimonio contraido por impúberes, si un dia despues de haber llegado á la pubertad legal hubieran vivido juntos sin haber reclamado en juicio contra su validez, ó si la mujer hubiera concebido ántes de la pubertad legal ó de haberse entablado la reclamacion* (1).

Parece que esta disposicion responde á la canónica (2) que previene pueda celebrarse el matrimonio áun ántes de la edad marcada si son hábiles para la union carnal.

2.° *Los que estén en el pleno ejercicio de su razon al tiempo de celebrar el matrimonio:* se trata de un contrato, y el alma de todo contrato es el consentimiento, que sólo puede ser prestado racionalmente; así, pues, ni el loco ni el mentecato ni el imbécil pueden contraer matrimonio, porque no pueden consentir, porque les falta la razon para ello (3).

3.° *Los que no adolezcan de impotencia física, absoluta ó relativa para la procreacion con anterioridad á la celebracion del matrimonio y de una manera patente perpétua é incurable:* la impotencia era tambien por derecho canónico causa de incapacidad, pero la prescripcion de la ley es más concreta, y no da, por lo

(1) *Ley provisional del matrimonio civil*, art. 4.°, circunstancia 1.ª, § 2.°

(2) Cap. 6, 10 y 11, *De despons. impub.*

(3) *Ley provisional*, art. 4.°, circuns. 2.ª

tanto, lugar á litigios vergonzosos y desmoralizadores; de *una manera patente*, dice, esto es, que no dé lugar á dudas ni á procedimientos (1).

9. *Áun cuando tengan la aptitud expresada en el artículo precedente no podrán contrar matrimonio:*

1.° *Los que se hallen ligados con vínculo matrimonial no disuelto legalmente:* dada la naturaleza del matrimonio, y prohibida la poligamia como absolutamente contraria á la perpetuidad é indisolubilidad, no podia permitirse que se celebrase un matrimonio existiendo otro; la ley penal viene en apoyo de la civil y castiga el hecho con la pena de prision mayor (2).

2.° *Los católicos que estuvieren ordenados* in sacris, *ó que hayan profesado en una órden religiosa canónicamente aprobada, haciendo voto solemne de castidad, á no ser que unos y otros hayan obtenido la correspondiente licencia canónica.* Efectos de un acto libre de la voluntad son esos votos, y así se evita un conflicto entre ambas potestades. Aunque la disposicion legal es absoluta, como dicen los católicos, es claro que no se refiere á los que dejan de serlo; así que todo clérigo ó fraile que pruebe ha mudado de religion, podrá casarse (3). Surge aquí una gran cuestion, que por cierto ha traido consecuencias importantes; la ley provisional era absoluta en su disposicion y en absoluto tambien prohibia el matrimonio cuando existia el lazo de un voto canónico en alguno de los contrayentes; la Real órden citada hace una diferencia y permite el matrimonio cuando el ordenado ó ligado con un voto solemne ha cambiado de religion; ¿es la Real órden interpretativa ó aclaratoria de la ley? ¿es, por el contrario, derogatoria de sus disposiciones? Que no puede ser esta fácilmente se comprende, porque una Real órden no puede ser jamas derogatoria de una ley, y como interpretadora ó aclaratoria, único sentido en que podria admitirse, no lo es tampoco, porque la disposicion de la ley no se interpreta sino que se modifica y cambia esencialmente; por estas razones sin duda alguna se anularon estos matrimonios en el ya citado decreto de 9 de Febrero de 1875, si bien respetando los derechos nacidos al abrigo de aquellas disposiciones legales.

---

(1) *Idem*, art. 4.°, circuns. 3.ª
(2) *Idem*, art. 5.°, núm. 1.°—*Cod. Pen.*, art. 486.
(3) *Ley provisional*, art. 5.°, núm. 2.°—Real órden de Gracia y Justicia de 16 de Setiembre de 1871.

3.° *Los hijos de familia y los menores de edad que no hayan obtenido la licencia ó solicitado el consejo de los llamados á prestarlo en los casos determinados por la ley* (1). La legislacion romana y nuestras antiguas leyes consideraron siempre la licencia de los padres, para contraer matrimonio, como un preliminar necesario, habiendo, sin embargo, entre la una y las otras, la diferencia de que la primera lo consideraba como una consecuencia necesaria é indeclinable de la *patria potestad*, miéntras las segundas sólo como una garantía de acierto; así que las leyes romanas lo exigian siempre y las españolas sólo hasta la mayor edad; que segun aquéllas sólo podia prestarlo el padre, y segun éstas tienen ese derecho otras personas. En 1776 y con objeto de regularizar esta materia, tratada con variedad en nuestros diversos códigos y fueros, se dictó una pragmática mandando que los menores de veinticinco años no pudiesen contraer matrimonio sin licencia del padre ó de quien hiciera sus veces: posteriormente dictóse otra nueva pragmática (2); se distinguió entre los hijos y las hijas, marcando para los primeros veinticinco años, y veintitres para las segundas, que se iban rebajando hasta los veintidos y veinte, segun que el permiso habia de concederlo la madre, los abuelos, los guardadores ó el juez, y previniendo cómo podria suplirse este consentimiento, caso que los llamados á prestarle se negaren á hacerlo.

Esta legislacion produjo tristes resultados: por una parte los vínculos de la familia se aflojaban y el respeto á los padres no ganaba mucho con la intervencion de extraños en un asunto tan íntimo; por otra la autoridad, siquiera fuese muy celosa, no podia tener ni el interes ni el conocimiento en las interioridades de la familia, necesarios para resolver con acierto, por lo que se dictó una ley que introdujo notables modificaciones, y que es la que rige en la materia (3).

Prescríbese en ella que tienen obligacion de obtener el consentimiento paterno los hijos que no han cumplido ventitres años, y las hijas menores de veinte (4).

---

(1) *Ley provisional*, art. 5.°, núm. 3.°

(2) Pragmática de 18 de Abril de 1803, que es la ley 18, tít. II, lib. X, *Novísima Recop.*

(3) Ley de 20 de Junio de 1862.

(4) Ley de 20 de Junio de 1862, art. 1.°

Por impedimento ó á falta del padre corresponde á la madre dar la licencia; por su falta, á los abuelos, no á las abuelas, al curador testamentario y al juez, pero sólo miéntras los menores no han cumplido veinte años (1).

El consentimiento otorgado para celebrar matrimonio con una persona, no vale en el caso de que se vaya á celebrar con otra.

La ausencia del padre, para dar derecho á que venga otra persona en su lugar, ha de ser tal que se ignore su paradero, ó que sea preciso más de un año para comunicarse y obtener respuesta (2).

Curador testamentario es el nombrado en testamento áun por los extraños, pero no los *ad litem* ni los elegidos por el huérfano. No tendrán autoridad para prestarlo si el matrimonio del menor fuere con parientes del curador dentro del cuarto grado civil (3).

La ley no expresa si esta prohibicion se extiende al juez en su caso.

Tanto el curador como el juez han de proceder en union con los parientes del huérfano (4).

La junta de parientes se compondrá:

1.° De los ascendientes del menor, excepto padres y abuelos, pero no las abuelas.

2.° De los hermanos y maridos de las hermanas, viviendo éstas y si aquéllos son mayores de veinticinco años.

3.° A falta de los indicados, ó si no llegan á tres, se suplirán con los demas parientes hasta completar el número de cuatro, prefiriéndose los más próximos, varones y mayores de edad, escogidos con igualdad entre las dos líneas, comenzando por la paterna.

El curador, aunque sea pariente, no se computa en el número indicado. No se fija en la ley quiénes sean parientes para los efectos prevenidos (5).

La asistencia de los parientes cuyo domicilio no diste más de seis leguas es obligatoria; y si no exponen causa legítima, serán

(1) Ley de 20 de Junio de 1862, artículos 2.° y 3.°
(2) *Ley de Enjuiciamiento civil*, art. 1367.
(3) Ley de 20 de Junio, artículos 2.° y 3.°
(4) Idem, art. 3.°
(5) Idem, art. 4.°

multados; el máximum de la multa será de diez duros. Los que residan á más distancia deberán ser citados, pero la distancia los excusa.

Formará parte de la junta el pariente de grado y condicion preferentes, que sin citacion concurra espontáneamente (1).

Cuando haya falta de parientes, ó los que lo sean se excusen, se completará la junta con vecinos honrados escogidos por el juez, que deberá preferir los amigos de los padres del menor (2).

Al juez de primera instancia ó municipal á quien corresponda dar el permiso toca la presidencia de la junta, su convocacion y señalamiento del dia en que ha de celebrarse.

Los llamados á ella comparecerán por sí ó por apoderado especial, que sólo podrá representar á uno (3).

Las reclamaciones de admision, exclusion ó recusacion se resuelven sin apelacion y préviamente á la celebracion de la junta y en ausencia del interesado. La admision sólo puede reclamarla el pariente que se crea de grado y condiciones preferentes. La recusacion sólo el curador ó el menor, expresando motivos (4).

Cuando la junta crea necesaria una nueva sesion, el presidente fijará el dia.

El curador tiene obligacion de asistir y derecho á tomar parte en la deliberacion. Este y el juez votan por separado, y su voto vale tanto como el de los parientes reunidos. Cuando no haya conformidad de votos prevalecerá el que sea favorable al matrimonio. Si en la votacion de los parientes hay empate, decide el Juez de primera instancia. Si preside el juez municipal, el pariente más inmediato, y si hay varios en igual grado, el mayor de edad (5).

Las deliberaciones serán secretas; el escribano ó secretario del juzgado intervendrá sólo en las votaciones y extension del acta, que contendrá únicamente la constitucion de la junta, resolucion y votos, y firmarán todos los concurrentes (6).

Lo dicho hasta ahora hace referencia á los hijos legítimos; res-

---

(1) Ley de 20 de Junio, art. 5.°
(2) Idem, art. 6.°
(3) Idem, art. 7.°
(4) Idem, art. 9.°
(5) Idem, artículos 9 y 10.
(6) Idem, art. 11.

pecto á los que no lo son contiene tambien la ley disposiciones especiales.

Los hijos naturales no necesitan el consentimiento de los abuelos ni la intervencion de los parientes, cuando el curador ó el juez deban darlo.

Los demas ilegítimos sólo necesitan el consentimiento de la madre, curador ó juez de primera instancia, sin que nunca se convoque á los parientes (1).

Los menores que contrajeren matrimonio sin el consentimiento de sus padres ó demas personas llamadas por la ley á prestarlo, incurrirán en la pena de *prision correccional* en sus grados medio y mínimo, pero deberán ser indultados tan pronto como las personas indicadas presten su aprobacion al matrimonio (2).

Las personas autorizadas para prestar su consentimiento no necesitan expresar la razon de su disenso, contra el que no se da recurso alguno (3).

Los hijos legítimos mayores de veintitres años y las hijas mayores de veinte, pedirán consejo á sus padres ó abuelos por el órden prefijado en los artículos 1.º y 2.º de esta ley, y si no fuere favorable, sólo podrán casarse pasados tres meses de la fecha en que le pidieron, acreditándose por la declaracion del que debe prestarlo, ante notario público ó eclesiástico ó juez de paz, hoy municipal, prévio requerimiento y comparecencia personal, bastando con acreditar que se pidió, sin que las evasivas del padre produzcan más efecto que el de una negativa. Los párrocos y ecónomos no pueden ser habilitados como notarios eclesiásticos en estas cuestiones (4). Los hijos que contravengan á esta disposicion serán castigados con la pena de cinco á quince dias de arresto y reprension, y el párroco que autorice el matrimonio, con la de arresto mayor. Esta última parte penal ha sido suprimida en el Código reformado en 1870. En la práctica se venía observando en muchas diócesis que los párrocos en el acto de celebrarse el matrimonio recibirán el consentimiento ó consejo favorable de los padres ó personas llamadas á prestarlo, y sin otra solemnidad prévia procedian á la celebracion del matrimonio ; en

---

(1) Ley de 20 de Junio, artículos 12 y 13.
(2) *Cód. penal*, art. 489.
(3) Ley de 20 de Junio, art. 14.
(4) Reales órdenes de 17 de Marzo y 17 de Noviembre de 1864.

algunas obras de Derecho se aceptaba esta intervencion como conforme á la ley, pero muchos jueces la creyeron contraria, y acudieron en queja á las Audiencias que por medio del Fiscal del Tribunal Supremo se dirigieron al Gobierno para que fijase el verdadero sentido de la ley; áun no se ha hecho, pero para nosotros está fuera de duda que en ningun caso puede el párroco intervenir, segun la ley que nos ocupa, en el consentimiento ó consejo paterno. Quizás en ocasiones dadas pueda ser su intervencion favorable á los interesados, quizá pueda deducirse que aquel cuya sola presencia basta para que el matrimonio se celebre, bien puede garantizar uno de sus preliminares, pero la ley no les concede ese Derecho.

Aunque la ley del Matrimonio civil sólo habla del consentimiento paterno, y nada de las Reales licencias para contraer matrimonio, como el Reglamento lo indica y como la índole de este libro exige que no abandonemos la parte histórica de nuestro Derecho, harémos sobre ello algunas breves indicaciones. Necesitaban licencia Real para casarse todas las personas de la familia Real, los grandes de España y títulos, sus sucesores inmediatos y todos los demas llamados, aunque remotamente, á la sucesion; los jefes, oficiales y sargentos graduados de oficiales del ejército y armada y de administracion y sanidad militar, no pudiéndola solicitar hasta tener veinticinco años, y los tenientes y subtenientes depositando previamente en calidad de depósito necesario, que se le devolverá al ascender á capitan ó á sus herederos, efectos públicos que produzcan seiscientos escudos de renta anual; los alumnos de colegios protegidos por el Rey (1).

Creemos que todas estas disposiciones, excepto las referentes á militares, derogadas por la ley pueden hoy considerarse vigentes.

Continuemos el exámen de la ley del Matrimonio civil, ocupándonos ahora de la

4.ª Prohibicion absoluta. *La viuda durante los trescientos un dias siguientes á la muerte del marido, ó ántes de su alumbramiento si quedase encinta, y lo mismo en el caso de nulidad, desde el dia de la separacion*, bajo pena de arresto mayor y multa de ciento veinticinco á mil doscientas cincuenta pesetas (2). Puede mediar dispensa.

---

(1) *Reglamento*, art. 52. Leyes 9.ª, 10, 11, 18, 20, tít. II, lib. X, *Nov. Recop.*—Decreto de 9 Abril 1869.

(2) *Ley provisional de matrimonio civil*, art. 5.º, núm. 4.º, *Cód. pen.*, art. 490.

La ley, justa y previsora, ha tratado de evitar la confusion de la prole y la incertidumbre en la paternidad, que podrian ser causas de graves disturbios en las familias. Sin duda alguna al hacer dispensable este impedimento ha tenido en cuenta que miéntras se solicita y obtiene la dispensa, y con el conocimiento del caso que las diligencias para la misma den, podrá alejarse el peligro.

10. Los cuatro impedimentos que hemos examinado son absolutos. La ley se ocupa en seguida de otros diez, que son relativos entre personas determinadas (1), y son:

1.° *El ser ascendientes y descendientes por consanguinidad ó afinidad legítima ó natural.* De acuerdo con la legislacion canónica, la ley ha creido con razon que no disponerlo así produciria grave desmoralizacion en las familias.

2.° *El ser pariente colateral por consanguinidad legítima hasta el cuarto grado.* La Iglesia señalaba el cuarto grado canónico, equivalente al séptimo y octavo civil, lo cual hacía necesarias frecuentes dispensas.

3.° *Colateral por afinidad legítima hasta el tercer grado.*

4.° *Colateral por consanguinidad ó afinidad natural hasta el segundo grado.*

Tambien en estas prohibiciones se separa la ley de la Iglesia, que prescribia el cuarto grado canónico en la afinidad legítima.

5.° *El padre ó madre adoptante y el adoptado, éste y el cónyuge viudo de aquéllos, y aquéllos y el cónyuge viudo de éste*, bajo pena de arresto mayor (2). Aunque la ley no lo dice, la prohibicion debe subsistir áun despues de haber cesado la adopcion, toda vez que en el número siguiente se dice *miéntras subsista.*

6.° *Los descendientes legítimos del adoptante con el adoptado miéntras la adopcion subsista.*

7.° *Los adúlteros condenados por sentencia firme.*

8.° *Los condenados como autores ó autor y cómplice de la muerte del cónyuge inocente, aunque no sean adúlteros.* Ambas prohibiciones son de alta moralidad, y no podia prescindir de ellas la ley.

9.° *El tutor y su pupila, á no haber autorizado el padre de ésta el matrimonio en testamento ó escritura pública.*

---

(1) *Ley provisional*, art. 6.°

(2) *Cód. pen.*, art. 491.



10.º *Los descendientes del tutor con el pupilo ó pupilos miéntras que, fenecida la tutela, no se aprueben las cuentas, salvo la autorizacion del padre del pupilo* (1).

11. Estas dos prohibiciones justas y equitativas, introducidas en beneficio de los menores y de la moral, dan lugar á dudas que tendrán que resolverse en la práctica muy en breve: la novena parece que prohibe en absoluto el matrimonio entre el tutor y la pupila, aunque aquél haya rendido cuentas y se hayan aprobado, exceptuando sólo el caso en que el padre de la pupila lo haya autorizado, y es innegable que esta disposicion, que se separa de nuestro antiguo derecho (2), es digna de alabanza, porque evita muchos peligros; pero el *Código Penal*, al señalar el castigo al tutor que viola la ley, parece como que le reconoce la facultad de casarse con la pupila, si las cuentas le han sido aprobadas; otra cuestion es la de saber si la ley se refiere sólo al tutor, como explícitamente dice, ó tambien al curador, como es natural y lógico, y si á todos los curadores ó sólo á los que propiamente reciben este nombre.

12. La pena impuesta al tutor que se case con su pupila ó consienta en que lo hagan sus hijos ó descendientes ántes de aprobadas las cuentas, es la de prision correccional en sus grados máximo y medio, y multa de ciento veinticinco á mil doscientas cincuenta pesetas (3).

13. El legislador ha creido tan importante la cuestion de impedimentos, que no contento con haber hecho que muchos de ellos tengan una sancion especial y expresa en el Código Penal, ha dictado disposiciones generales para que sea más severa su aplicacion, y castigado con prision correccional en sus grados máximo y medio al que contrajere matrimonio con impedimento no dispensable (4). Con la multa dé ciento veinticinco á mil doscientas cincuenta pesetas, si el impedimento es dispensable. Con la de prision correccional en sus grados máximo y medio al que por su culpa y prévia dispensa no revalidáre el matrimonio en el término designado por los tribunales, de cuya pena queda releva-

---

(1) *Ley provisional*, art. 6.º, números 1 al 10.
(2) Ley 6.ª, tít. XVII, Partida VII.
(3) *Cód. pen.*, art. 492.
(4) *Cód. pen.*, art. 487.

do cuando lo haga (1). Suspension en sus grados máximo y medio, y multa de ciento veinticinco á mil doscientas cincuenta pesetas al Juez municipal que celebre un matrimonio prohibido ó con impedimento no dispensable, y la misma multa y destierro en su grado mínimo si fuera dispensable (2).

14. Finalmente, en todos los casos penados por el Código, el contrayente doloso está obligado á dotar á la mujer que procedió de buena fe (3).

15. Hemos terminado la enunciacion de los impedimentos que la Ley del Matrimonio civil ha creido conveniente establecer, y hemos visto que con raras excepciones marcha paralela con la legislacion canónica, y no ha dejado de estar acertada en lo que de ella se ha separado ó ha creado. Los catorce impedimentos se dividen en *dispensables* y no *dispensables*: son *dispensables* entre los absolutos sólo los comprendidos en el número 4.° del artículo 5.° de la ley; los grados de parentesco tercero y cuarto del número 2.°; los comprendidos en los números 3.° y 4.°, excepto la consaguinidad natural, y los del número 6.° del artículo 6.° Todos los demas, contenidos en ambos artículos, *no son dispensables.*

16. Ocupémonos ahora de las dispensas, que corresponden por la ley al Gobierno, prévia instancia de los interesados, justa causa probada, y los trámites marcados en el Reglamento (4). Las dispensas se concederán ó negarán siempre grátis (5).

Dedúdese de lo dicho que respecto á las dispensas deberémos tratar:

1.° De la tramitacion prescrita para obtenerlas.

2.° De los documentos y medios de prueba.

3.° De las justas causas por que pueden concederse.

1.° *Tramitacion prescrita para obtener dispensa de los impedimentos.*—Los expedientes para obtenerla deberán instruirse con la mayor brevedad posible, en papel de oficio y sin derechos de ninguna especie (6), aunque las dispensas de que se trata pueden considerarse comprendidas en las llamadas gracias al sacar,

---

(1) *Cód. pen.*, art. 488.
(2) *Cód. pen.*, art. 493.
(3) *Cód. pen.*, art. 494.
(4) *Ley provisional*, art. 7.°
(5) *Ley prov.*, art. 8.°
(6) Orden circular de la Direccion de 1.° de Marzo de 1871.

que, como hemos dicho, no se obtienen sino mediante derechos, la índole de ellas, y la necesidad de no crear dificultades para el matrimonio, han sido causas de estas prescripciones de la ley, repetidas con insistencia (1).

*Las solicitudes dirigidas al Ministro de Gracia y Justicia se presentarán al Tribunal de Partido, hoy Juez de primera instancia, á que corresponda el Juzgado municipal donde deba celebrarse el matrimonio, firmadas por los contrayentes ó persona á su ruego, si no pudieren ó no supieren firmar, y expresando el impedimento y la causa por que se pide la dispensa.* Trátase de una dispensa de ley, y sólo por el legislador ó por quien hace sus veces, que es en estos casos el Poder Ejecutivo representado por el Ministro de Gracia y Justicia, puede concederse.

*Presentada la solicitud documentada, el Presidente del Tribunal, despues de cerciorarse por los medios que estime convenientes de la conformidad de los interesados en la solicitud, pasará* al Fiscal el expediente para que emita su dictámen, en el que manifestará, no sólo si se ha instruido con arreglo á las disposiciones vigentes, sino que determinará si el impedimento es ó no dispensable, y si, en virtud de las causas alegadas, procede ó no la dispensa (2).

La mayor parte de las cuestiones de dispensa son cuestiones de derecho; graves, difíciles, y de las que á veces pende el buen órden de la familia, por lo que la ley ha creido que no á los Jueces municipales llamados á intervenir en los matrimonios, sino al Tribunal de partido debe corresponder el conocimiento de estos expedientes. Tal vez se ha creido tambien que una ratificacion comun de los solicitantes no bastará en ocasiones para asegurarse de su voluntad, y por eso se ha dado cierta latitud á las facultades del Presidente, para asegurarse de la conformidad de aquéllos. La intervencion del Ministerio público está tambien perfectamente prescrita; pues ademas de ser estas cuestiones interesantes á la sociedad, él es, digámoslo así, el encargado de guiar é ilustrar á los que han de administrar justicia, y sostener la contencion donde no hay interesados que la sostengan.

---

(1) Orden circular citada, disposicion 1.ª, y *Reglamento para la ejecucion de las leyes de Matrimonio y Registro civil*, art. 47.

(2) Orden circular citada, disposicion 2.ª, y *Reglamento*, art. 47, números 1. y 2.º

Cuando el Presidente lo estime necesario, ó lo soliciten los interesados, podrá abrirse informacion testifical sobre alguno ó algunos de los hechos expuestos, y concluso el expediente lo remitirá al Ministerio de Gracia y Justicia por conducto de la Direccion del ramo, con su informe razonado.

Tanto el Presidente como el Fiscal, hoy Promotor, procederán con brevedad y reserva (1).

Como el objeto del expediente es fijar de una manera cierta y segura los hechos, lo cual podrá alguna vez no conseguirse por completo con la prueba documental presentada, se admite la informacion testifical, y es de creer que no pueda rehuirse otra prueba, si fuere necesaria.

*Recibido el expediente en el Ministerio, y pudiendo ampliarse con todos los datos que se crean necesarios, se dictará resolucion á propuesta de la Direccion del ramo, concediendo ó negando la dispensa, y oyendo previamente, cuando lo crea necesario el Gobierno, á la Seccion de Gracia y Justicia del Consejo de Estado.*

*La concesion se expedirá en Real carta, impresa, y revestida de todas las formalidades de autenticidad necesarias, se remitirá al Presidente del Tribunal en que se solicitó, quien dispondrá que se tome de ella razon en el libro registro de dispensas, se haga constar en la misma este trámite, y se entregue á los interesados. Si fuere la resolucion denegatoria, se comunicará de Real órden al mismo Presidente para que la ponga en conocimiento de los interesados* (2).

El reglamento ha tratado de dar á las dispensas el mayor carácter posible de autenticidad, de la misma manera que en los párrafos anteriores hemos visto que ha querido garantizar el acierto en su concesion.

2.° *Documentos que deben acompañar á la instancia. Con toda instancia deberán acompañarse documentos fehacientes en que consten: el impedimento ó impedimentos cuya dispensa se solicita, la certeza de las causas alegadas para obtenerla, y partidas de nacimiento de los solicitantes, sacadas del Registro civil, ó de los parroquiales si el nacimiento ha sido anterior al establecimiento del registro* (3).

---

(1) *Reglamento*, art. 47, núm. 2, §§ 2 y 3.
(2) *Reglamento*, art. 47, números 5 y 6.
(3) *Idem*, art. 47, núm. 5, § 2.°

En los casos especiales siguientes, se presentarán ademas los documentos que en cada uno se indican:

a. *En el impedimento de la viuda ó de mujer, cuyo matrimonio anterior haya sido declarado nulo y no haya pasado el tiempo prescrito para contraer uno nuevo: certificacion de la defuncion del marido ó de la sentencia firme de nulidad, y certificado de facultativo que declare si la mujer está ó no encinta, ó nacimiento en su caso de los hijos del matrimonio disuelto.*

b. *En el de parentesco de colaterales por consanguinidad ó afinidad legítima ó natural, los certificados de nacimiento ó matrimonio que acrediten el parentesco.*

c. *En el de impedimento de los descendientes legítimos del adoptante con el adoptado, el documento fehaciente en que conste la adopcion* (1).

3.° *Justas causas para conceder dispensas.* Dice el Reglamento *que se considerarán circunstancias favorables para ello:*

a. *La existencia de hijos ilegítimos entre parientes ó estar la mujer encinta, sin más prueba que la aseveracion de los interesados.*

b. *La de convenir á los hijos de anteriores matrimonios, por la fundada esperanza de hallar en el nuevo cónyuge la proteccion de que se vieron privados por el fallecimiento de su padre ó de su madre.*

c. *La de facilitarse por medio del matrimonio medios de subsistencia para los solicitantes, alguno de ellos, ó para sus padres necesitados ó enfermos.*

d. *La de facilitarse arreglos de familia, que pongan término á cuestiones ó pleitos, ó produzcan otras ventajas análogas.*

e. *La de evitarse escándalo por haber mediado largas relaciones, con existencia de prole ó embarazo.*

f. *La de dificultad de matrimonios por escasez de poblacion ú otras causas generales ó especiales al caso.*

g. *La razon de Estado si fuera entre Príncipes.*

h. *Las demas causas que, conforme á un recto criterio, se consideren de interes público ó particular de las familias de los solicitantes* (2).

---

(1) *Reglamento*, art. 47, núm. 1.°
(2) *Idem*, art. 47, núm. 2.°

La última disposicion prueba que las *circunstancias favorables* enunciadas no son taxativas, sino puestas más bien como ejemplo, dejando á la prudencia y *recto criterio* de los tribunales, y sobre todo del Gobierno, el conceder dispensas cuando crea bastante la causa alegada, aunque no esté comprendida en las enunciadas en el Reglamento.

Hemos dicho que en la ley se habian tomado todas las precauciones posibles para dar á las dispensas la mayor garantía de acierto en su concesion y el mayor carácter posible de autenticidad, y que no otro objeto tenian tampoco las prescripciones contenidas en el Reglamento (1); que para el hombre de ley, eran muy bastantes á que los expedientes preparatorios que para obtenerlas debian incoarse ante los presidentes de Tribunal de partido, llegasen al Gobierno perfectamente instruidos. No ha debido suceder así; hanse tocado, sin duda alguna, en la práctica dificultades nacidas de no haberse estudiado bien la ley, ó de haberse apreciado de distinta manera sus disposiciones por los encargados de aplicarlas, y la Direccion se ha visto obligada á dictar la *órden circular* de 6 de Julio.

Precédela un corto preámbulo, en el que manifiesta la Direccion: *Que á pesar de la claridad con que en el art.* 47 *del Reglamento se prescribe la forma con que han de instruirse los expedientes* de dispensa, *ocurre con frecuencia que en ellos se observen omisiones esenciales y faltas de todo género, que impiden su despacho y obligan á la Direccion á devolverlos á los jueces, irrogándose graves perjuicios á las partes por esas faltas*, que no le son imputables la mayor parte de las veces; *por lo que encarga á los jueces tengan presentes y observen las reglas que seguidamente marca.*

Triste es decirlo, nunca creimos necesario que se diesen las aclaraciones de que vamos á ocuparnos, como dice muy bien el preámbulo; *en el art.* 47 *del Reglamento se prescribe con* toda claridad *la forma en que se han de instruir esos expedientes*, y no podia caber duda en que el expresado artículo sería bien comprendido, y no necesitaria las aclaraciones, hasta cierto punto redundantes, de la órden circular; pero habiendo surgido esos inconvenientes, la Direccion ha hecho perfectamente en acudir á

(1) Art. 47.

uniformar la práctica y evitar perjuicios á los interesados. Veamos si lo ha conseguido.

Dispónese en la regla 1.ª: *Que los que soliciten dispensa de impedimento deberán acompañar á la instancia ó instancias en que la pidieren las partidas de bautismo, defuncion ó casamiento que justifiquen con bastante claridad y precision el parentesco que media entre los solicitantos: cuidando asimismo el Juez de que por el escribano actuario se forme el correspondiente árbol genealógico, sacado de las partidas presentadas.*

El art. 47 del Reglamento, en el párrafo 2.º y 5.º del número 1.º, no puede estar más claro ni más explícito; entre lo que en aquél se dispone y lo que en la nueva regla que examinamos se dice, no hallamos más diferencia que exigirse en ésta las partidas de defuncion y el árbol genealógico formado por el actuario.

Bien hacian, sin duda alguna, los autores del Reglamento en no haber ampliado más las disposiciones del art. 47; las partidas de defuncion no sirven para fijar el parentesco sino en algun caso; las de nacimiento y casamiento son las que realmente lo fijan, y sin duda alguna comprendieron los autores del Reglamento que tampoco era necesario mandar que el árbol genealógico se formase, porque debiendo emitir dictámen el fiscal, é informe razonado el Presidente (hoy promotor y juez de primera instancia), debieron creer que ningun hombre medianamente versado en Derecho puede dar dictámen ni emitir informe razonado sobre cuestion de parentesco sin tener á la vista el árbol genealógico y sin comprobarlo con las partidas de nacimiento y casamiento y con las de defuncion, en los raros casos en que estas últimas puedan ser necesarias. Así, pues, la regla 1.ª de la órden circular nos parece que nada añade al art. 47 citado, que no esté comprendido en su espíritu y contexto, pero que acusa ignorancia ó falta de cuidado en los jueces encargados de cumplirlo.

Cuanto hemos dicho de la regla 1.ª lo creemos aplicable á la 2.ª, que dice así: *Igualmente deberán presentar los interesados los documentos fehacientes que acrediten debidamente la certeza de la causa alegada para la concesion de la dispensa, excepto las consignadas en la última parte del núm.* 1.º *del referido art.* 47.

Parécenos que esta regla es una copia exacta de lo dispuesto con gran claridad en los párrafos 2.º y último del núm. 1.º del

citado art. 47, y por lo tanto, que nada aclara, nada fija, nada nuevo previene.

Aunque comprendida en el párrafo 2.° del núm. 2 del mencionado artículo, algo adelanta la regla 3.ª de la órden, que dice: *Cuando la índole especial de la causa no permitiese su justificacion por medio de documentos, se recibirá una informacion testifical si los recurrentes la hubiesen ofrecido ó se creyese indispensable por el Juez, debiendo en otro caso consignar en el informe razonado que debe emitir, si le consta ó no dicha causa, así como su opinion concreta acerca de si debe concederse ó denegarse la dispensa solicitada.*

En efecto, la última parte de la regla puede decirse que marca al juez lo que debe emitir en su informe razonado, pero creemos que si el juez, tratándose de una dispensa, no emite su opinion acerca de si debe concederse ó negarse, no razona el informe; verdad es que en la regla que nos ocupa se exige que la opinion sea concreta, y que, en el caso de que se trata, consigne si le consta ó no la existencia de la causa; pero si el informe está *razonado*, de él podrá sacar sin grande esfuerzo la Direccion esas conclusiones concretas; ¿deberá hacerlo así el juez en todos los casos? Creemos que sí, por más que del contexto de la regla se deduzca, que sólo cuando por no poderse probar documentalmente la causa no se acuda tampoco á la informacion testifical.

Finalmente, por la regla 4.ª se manda que: *Los promotores fiscales cuidarán de expresar en su dictámen haberse llenado todas las formalidades establecidas para los expedientes de esta clase, manifestando al propio tiempo su opinion respecto á la procedencia ó improcedencia de la dispensa pretendida.*

Tampoco comprendemos que esta regla aclare nada las prescripciones del Reglamento; exígese en él que los fiscales den su dictámen; precisamente en esos expedientes no se trata más que de fijar la procedencia ó la improcedencia de la dispensa, y esto no puede hacerse miéntras no se llenen todas las formalidades necesarias, para que del expediente resulte la certeza de los hechos y causas alegadas; por consecuencia, ó el dictámen se ocupa de esas cosas, ó no hay dictámen.

Opinamos, por lo tanto, que la órden circular podia haberse evitado con sólo recomendar á los jueces y promotores que estudiasen la ley y el Reglamento, y los aplicasen conforme en un todo con su letra, su espíritu y sus tendencias.

De mucha mayor importancia, sin duda alguna, es el Decreto expedido con fecha 26 de Agosto del año de setenta y dos, por el Ministerio de Gracia y Justicia: en la razonada exposicion que le precede se indican las causas de su publicacion: la necesidad de dar á la *Ley del Matrimonio civil* todo su desenvolvimiento; el silencio que en ella se guardaba respecto á la tramitacion de las dispensas cuando las personas á quienes se referian estaban en el extranjero, y ni tenian ni habian tenido tal vez domicilio en España; la necesidad de que los expedientes de que se trata se sustancien y sigan por ante autoridades, que estando en la residencia de los solicitantes puedan conocer y apreciar debidamente los hechos, y las dificultades y vejámenes que habian de resultar necesariamente de tener que acudir á los jueces de España, ignorándose á cuál, puesto que el que residia en el extranjero no tenía domicilio ni, por lo tanto, juez natural en la Península, han sido, sin duda alguna, poderosas y muy atendibles causas para que el decreto que nos ocupa se haya dictado, y es de esperar que produzca los buenos resultados que el Ministro que le suscribe se propone.

Procedamos al exámen de su parte dispositiva, que puede decirse abraza en pocos artículos toda la materia, pues no sólo se ocupa en señalar quiénes sean las autoridades que en el extranjero han de sustituir á nuestros Presidentes de partido, sino que da reglas de tramitacion para los expedientes, y garantías de seguridad material, hasta para su remision al Gobierno, que es, por supuesto, al que compete la concesion de las dispensas.

Dice el art. 1.º: *Los españoles residentes en el extranjero que intenten contraer matrimonio y se hallen ligados por alguno de los impedimentos dispensables, con arreglo á la vigente Ley de matrimonio civil, podrán incoar el oportuno expediente, pidiendo la dispensa de aquéllos ante los cónsules ó agentes diplomáticos del punto en que se hallaren.*

Ni la ley ni el Reglamento para su ejecucion habian considerado los matrimonios hechos en el extranjero por españoles, sino como actos verificados allí donde la ley española no alcanza, y por lo tanto, el acto se regía por el *estatato real* y por el *formal*, esto es, por las leyes del país donde tenía lugar, aunque la capacidad se rigiese por el *estatuto personal;* pero para que esto último pudiera ser, se hacía necesario que de esas cuestiones de ca-

pacidad se ocupasen las autoridades españolas competentes, y segun las leyes de España; y siendo uno de esos actos, y de los más importantes en el matrimonio, el de la dispensa de impedimentos, claro es que ha debido notarse el vacío, y teniéndose en cuenta las dificultades con que habia de lucharse para que los expedientes de dispensa de españoles residentes en el extranjero se incoasen y sustanciasen segun las prescripciones del art. 47 del Reglamento, se da á los cónsules ó agentes diplomáticos españoles en el extranjero la misma investidura que á los Presidentes de Tribunal de partido: ante aquéllos, pues, se podrán incoar los expedientes en solicitud de dispensa por los españoles residentes en el extranjero, y punto donde los cónsules ó agentes diplomáticos se hallen, que quieran contraer matrimonio.

Para ello se atribuyen por el artículo 3.º: *A los cónsules, vicecónsules y los funcionarios que hagan sus veces, iguales atribuciones que las concedidas por el citado artículo 47 á los Presidentes de partido.*

Y es claro, van á ejercer las funciones de éstos; es por lo tanto necesario que la ley les otorgue las mismas atribuciones.

Pero segun lo dispuesto por el art. 47, con repeticion citado, en los expedientes de dispensa, ademas de los Presidentes, interviene el ministerio fiscal; no se ha querido en el decreto que nos ocupa aminorar la importancia de estos expedientes ni ménos amenguar las garantías que la ley ha creido necesarias; por lo cual, así como en el art. 3.º que hemos examinado, se da á ciertos funcionarios el carácter de los Presidentes de partido, en el artículo 4.º se dice que: *Los cancilleres de los consulados desempeñarán las funciones atribuidas al ministerio fiscal en el artículo referido, y en el caso de no existir encargado especial de estas funciones se suplirá su intervencion por el medio que establece el artículo 9.º de la Ley de Registro civil.*

A los cancilleres se han cometido las funciones que en España desempeña el Ministerio público; pero como podrá acontecer que tales cancilleres no existan en algun consulado ó agencia diplomática, harán sus veces dos testigos mayores de edad, conforme está prevenido en la *Ley de Registro civil*, art. 9.º

Señaladas ya quiénes sean las personas competentes para conocer de la formacion de los expedientes de dispensa, se hacía necesario marcar la forma de su sustanciacion, y de esto se ocu-

pan los artículos 2.° y 10, que previenen, que *dichos expedientes se sustanciarán con arreglo á lo prevenido en el art. 47 del Reglamento y circular de la Direccion general de los Registros civil y de la Propiedad y del Notariado de 6 de Julio último, y á la última parte del párrafo segundo del artículo 46 del Reglamento citado.*

Poco tenemos que decir respecto á estos artículos, que son enteramente conformes con la razon; se trata de españoles, de un acto que verifican segun las leyes españolas, ante autoridades españolas tambien, y en territorio español, puesto que, como tal se consideran por derecho internacional los consulados y agencias diplomáticas; por consecuencia, el procedimiento debe ser el general; así en el art. 10, de conformidad con el 46 del Reglamento, se le exige celeridad y secreto.

Una consecuencia de esta doctrina es la sentada en los artículos 8.° y 9.°, que dicen:

*Las informaciones que deban practicarse para acreditar alguna de las causas alegadas se recibirán con intervencion del canciller ó del que haga sus veces, observándose en ellas las solemnidades prescritas para las de su clase en España.*

*Los documentos expedidos por funcionarios ó autoridades extranjeras ó nacionales que se presentaren para acreditar el parentesco ó las causas que hayan de motivar la concesion de la dispensa, deberán hallarse legalizados en debida forma, y acompañarse la traduccion de los que estuvieren redactados en idioma extranjero.*

Por el art. 8.° se sostiene y sigue la doctrina sentada en los artículos 2.° y 10, encargando al canciller ó al que haga sus veces (los dos testigos dichos) (1) que practiquen las informaciones necesarias para acreditar alguna de las causas alegadas, y por el artículo 9.° se dan reglas acertadas y razonables para asegurar la autenticidad de los documentos que se presentaren como comprobantes de los hechos alegados en el expediente; sólo debemos advertir que las legalizaciones han de ser de agentes españoles, aunque los documentos estén expedidos por funcionarios extranjeros. Así como que las traducciones han de ser autorizadas, ó por la interpretacion de lenguas, ó por los intérpretes oficiales de los consulados ó agencias diplomáticas.

Como se equiparan en un todo los consulados á los Tribunales

(1) *Ley del Registro civil*, art. 9.°

de partido, es claro que lo que se exige para los unos tenía que exigirse para los otros; por lo que se previene en el artículo 6.°, *que se llevará en los consulados un registro de los expedientes de esta clase donde se anotará su entrada y tramitacion, así como las resoluciones que en ellos se dicten.*

Así queda siempre noticia detallado de ellos, y se aleja cualquier peligro de pérdida ó de extravío. No hay que decir que estos registros deben llevarse con las mismas solemnidades prevenidas en el núm. 6.° del art. 47 del *Reglamento.*

Téngase en cuenta que el decreto que nos ocupa no tiene más tendencia que la de señalar el procedimiento en casos que no habian previsto ni la ley ni el Reglamento; por lo tanto, á los agentes diplomáticos, de cualquier clase que sean, no se les concede ningun derecho, atribucion ninguna que virtualmente no tengan por la ley; tócales sólo incoar y preparar los expedientes, jamas dispensar; pues ésta, en España como en el extranjero, tratándose de súbditos españoles, es facultad exclusiva del Gobierno. Como éste ha de ejercerla en vista de los expedientes, el decreto se ocupa de asegurar los medios de que éstos lleguen con certeza y sin peligro de extravío á su poder, y para ello se dispone en el artículo 5.°, *que los cónsules y agentes respectivos remitirán á la Direccion general de los Registros civil y de la Propiedad y del Notariado, con el correspondiente informe y en dos correos sucesivos, dirigidos por conducto del Ministerio de Estado, por el primero el expediente original, y por el segundo un testimonio literal del mismo.*

Disposicion acertadísima, y que aleja cuanto es posible todo peligro de extravío.

No ménos acertada nos parece la del artículo 7.°, que dice: *El Gobierno comunicará la decision de estos expedientes, expidiendo al efecto por duplicado, y tambien por dos correos, las órdenes oportunas, una de las cuales se archivará en la forma que determinan los artículos 28 y 29 del Reglamento, uniéndose la otra al expediente de su referencia.*

Que es, puede decirse, la última prenda de seguridad que se da á los particulares para lo porvenir.

Claro es que hoy, aunque ni la ley ni el decreto lo dicen, serán extensivas á los agentes diplomáticos y consulares todas las disposiciones de aquélla, relativas á las dispensas en los matrimonios *in articulo mortis.*

# LECCION X.

**Instituciones del Derecho civil.—De las personas.— Matrimonio civil.— Continuacion.**

**SUMARIO.**

1 y 2. Diligencias prévias para la celebracion del matrimonio.— Capítulo tercero. Seccion primera.—3 y 4. Ante quién se incoan.—5 al 9. Cómo y con qué formalidades.—10. Edictos.—11. Su objeto.—12 al 18. Por quién y cómo pueden dispensarse.— Seccion segunda. 19 y 20. De la oposicion al matrimonio.—21. Quiénes deben y pueden hacerla.—22. Qué cosas pueden ser objeto de la oposicion. Denuncia de impedimentos.—23. Cuándo y cómo podrá hacerse.—24. Quién lo sustanciará y sentenciará.—25. Efectos que produce.—De la celebracion del matrimonio. Capítulo cuarto. 26. Ante quién se celebrará el matrimonio.—27. Cuándo no podrá celebrarse.—28. Del matrimonio por apoderado.—29. Forma del acto de celebracion del matrimomio.—30. Matrimonios en el extranjero, celebrados por jefes militares ó á bordo.—31. Inscripcion en el Registro.

Si el Estado, que considera el matrimonio como la base de la sociedad, tiene grande interes en garantizar esta institucion, así en el terreno de la moral como en el del Derecho, con el fin de que no se celebren uniones entre personas que siendo incapaces las afectarian de un vicio de nulidad, no es por cierto menor el interes de los particulares en asegurar los efectos del matrimonio y garantizar la existencia de la familia de un modo tal, que sea difícil todo abuso criminal en perjuicio de la inocencia ó de la debilidad: por eso la ley provisional, de acuerdo en esto con la canónica, con lo que la razon dicta y con lo que prescriben casi todas las legislaciones análogas, ha señalado ciertas formalidades que deben preceder á la celebracion del matrimonio, y que tienden, sin duda alguna, á dar seguridad al Estado y á los contrayentes de la validez y permanencia del contrato: estas razones han dado orígen al capítulo III de la ley, que se ocupa:

1. De las diligencias preliminares para la celebracion

DEL MATRIMONIO, y que está dividido en dos secciones, de que vamos á ocuparnos.

2. Como puede haber entre los que aspiran á contraer matrimonio incapacidades, impedimentos absolutos ó relativos que ambos ignoren, que ignore uno solo, ó que, conocidos por uno ó por ambos, se quieran burlar en desdoro de la ley y en perjuicio de la sociedad, el legislador ha querido dar á la celebracion de los matrimonios una publicidad extraordinaria, haciendo de este modo que puedan conocerse todas las condiciones y circunstancias de los contrayentes; y la primera seccion del capítulo que nos ocupa trata precisamente de la *Publicacion del matrimonio.*

3. Basta recordar que hablamos del matrimonio civil para comprender que todo en él se hace y corresponde á las autoridades civiles, y, por lo tanto, que ante ellas se han de intentar todos los actos concernientes al matrimonio, y que una de ellas ha de ser el ministro encargado de su celebracion. La ley ha cometido estos cargos á los jueces municipales (1). En la mayor parte de los pueblos en que existe el matrimonio civil, estas funciones están encomendadas á las autoridades administrativas; por nuestra ley se encomienda á las judiciales, y nos parece más ventajoso, tanto por lo íntimamente ligada que está la institucion con el Derecho, cuanto por la amovilidad que afecta á nuestra administracion.

4. Así, pues, «los que intentaren contraer matrimonio en »cualquier punto de la Península, Islas adyacentes ó Canarias, »deberán manifestarlo al juez municipal del domicilio ó residen»cia de los mismos, ó de uno de ellos si residiesen en diferentes »pueblos.

»5. La manifestacion podrá hacerse verbalmente ó por escrito »firmado por los dos interesados ó por persona á su ruego. La »verbal se reducirá en el acto á escrito por el secretario del juz»gado, firmándose en la misma forma que la escrita» (2).

«6. En la manifestacion deben consignarse los nombres, ape»llidos paterno y materno, edad, profesion ú oficio, pueblos de su »nacimiento, y domicilio ó residencia en los dos últimos años, »con expresion de los términos municipales, partido y provincia;

(1) *Ley provisional*, art. 9.°—*Reglamento*, art. 37.
(2) *Idem*, *id.*, artículos 9.° y 10.—*Idem*, artículos 37 y 38.

»nombres, apellidos, domicilio ó residencia de los padres, y nom»bre, apellido y domicilio ó residencia de las personas que deben »prestar su consentimiento ó dar su consejo cuando estas cosas »sean necesarias» (1).

7. Tanto la ley como el Reglamento señalan como Juez competente para conocer del matrimonio y de todas sus incidencias, al del domicilio ó residencia, y no al de la vecindad, sacrificando tal vez á la mayor facilidad para contraer matrimonio, la mayor seguridad para las investigaciones: verdad es que tanto en las circunstancias que deben concurrir en la instancia, cuanto en los medios de publicidad de que despues nos ocuparémos, encuentra la ley, sin duda alguna, bastantes garantías.

«8. Los jueces municipales no se podrán negar á admitir ni »dar curso á ninguna solicitud de matrimonio en que sea intere»sado un domiciliado ó residente en el término municipal de su »cargo, no siendo expresamente en los casos determinados por la »ley ó en virtud de sentencia de Tribunal competente.

»Contra la negativa arbitraria é infundada del Juez municipal »podrán acudir los interesados en queja al Presidente del Tribu»nal de partido, que resolverá de plano» (2).

9. La ley es lógica y acertada en estas disposiciones. En la solicitud del matrimonio han de expresarse todas las circunstancias necesarias para poder apreciar los hechos, de manera que resalte cualquier impedimento: ademas, la *publicacion* del matrimonio y el período de *oposicion* que le subsigue, son garantías muy seguras de acierto; la instancia no es otra cosa que la iniciacion, la peticion, que podrá ser concedida ó negada, pero siempre recibida.

«Inmediatamente despues de presentada la instancia, el Juez »dictará providencia mandando que se ratifiquen los interesados, »y en el mismo acto se subsanará cualquier defecto ú omision de »que adolezca, y se firmará la diligencia por el Juez, los intere»sados ó personas á su ruego, y por el secretario» (3).

La diligencia de ratificacion es necesaria: trátase de un asunto que sólo puede ser incoado por las personas que van á tener en él

(1) *Ley provisional*, art. 9.°—*Reglamento*, art. 37, § 2.°
(2) *Reglamento*, art. 39.
(3) *Idem*, art. 40.—*Ley provisional*, art. 11.

un interes directo, y es necesario saber con certeza si en efecto la instancia presentada es producto de un acto libre y espontáneo de su voluntad, y si las firmas son auténticas.

«10. Hechas las ratificaciones, el Juez dispondrá que se for- »men los edictos, en los que se expresarán todas las circunstan- »cias que hemos dicho deben constar en la instancia, y ademas el »tiempo de la publicacion de cada edicto, si es primero ó segun- »do, la invitacion á todos los que tengan noticia de algun impe- »dimento legal, para que lo manifiesten verbalmente ó por escri- »to al Juez municipal del territorio en que se fije el edicto, y se »hará constar, en fin, la fecha en que se fijen, insertando tex- »tualmente los artículos 4.°, 5.° y 6.° de la ley, referentes á la »idoneidad para contraer matrimonio. Copia del original se in- »sertará en seguida de la providencia en que se mande publi- »car» (1).

«Los edictos se fijarán dos veces consecutivas, por término de »ocho dias cada uno, en el local de la Audiencia pública y en »otro lugar público tambien, de la parroquia del último domici- »lio ó residencia de los interesados; remitiendo los necesarios á »los jueces municipales de los territorios donde hubiesen residido »ó estado domiciliados los dos años últimos, para que les den pu- »blicidad en la misma forma ántes prescrita.

»Si hubiere que publicarlos en Ultramar, se remitirán á los »alcaldes mayores para que dispongan su publicacion en las loca- »lidades respectivas por los jueces municipales ó los que hagan »sus veces» (2).

11. Como se ve, la ley se ha fijado con minuciosa escrupulosidad en hacer tan público todo lo concerniente á la celebracion del matrimonio y á todas las circunstancias que pueden acompañarle, con el objeto de tener la seguridad de que ningun hecho que le sea contrario pueda pasar desapercibido, y parece que ha estado en esto áun más acertada y severa que la legislacion canónica, en que las *amonestaciones* ó *proclamas* pasaban casi siempre desapercibidas, especialmente en las grandes capitales, cuando hoy los edictos no pueden sufrir igual suerte, tanto por su multiplicidad, cuanto por la forma con que se publican y el tiempo que están á la disposicion de todos.

(1) *Ley provisional*, artículos 13 y 14.—*Reglamento*, art. 41.
(2) *Idem id.*, artículos 11 y 12.—*Idem*, art. 41.

12. «Los Jueces municipales en cuyos distritos se hubieren »fijado edictos, á excepcion del que hubiere de autorizar el ma- »trimonio, expedirán á instancia de los interesados, á los cinco »dias de concluido el término de la publicacion, certificacion de »los impedimentos que se le hubieren denunciado, ó negativa en »su caso» (1).

«La publicacion de los edictos es necesaria para la celebra- »cion del matrimonio.

»Sólo podrán dispensarse:

»1.° Cuando los contrayentes ó alguno de ellos se halle en in- »minente peligro de muerte.

»2.° Cuando sean militares en activo servicio.

»3.° Cuando hayan obtenido la competente dispensa» (2).

«La facultad de dispensarlos corresponde al Gobierno siempre »y por punto general, y con justa causa probada (3).

»En el caso de matrimonio *in articulo mortis* podrá dispensar »el Juez municipal que autorice el matrimonio.

»En el caso del militar en activo servicio, dispensa la ley.»

13. Formas de obtener la dispensa. Hemos dicho que por punto general sólo al Gobierno, y gratuitamente, corresponde conceder por justas causas esta dispensa. Los que aspiren á obtenerla «presentarán instancia dirigida al Ministro de Gracia y »Justicia acompañada de todos los documentos fehacientes que »demuestren la certeza de las causas alegadas, firmada por los »dos ó por persona á su ruego, al Presidente del Tribunal de par- »tido á que corresponda el Juzgado municipal en que haya de »celebrarse el matrimonio.

14. «El Presidente del Tribunal, despues de cerciorarse por »los medios que estime oportunos de la conformidad de los in- »teresados, y de pedir los datos que crea necesarios, pondrá al »pié de la instancia su informe razonado de cuanto se le ofrezca »y parezca respecto á las causas alegadas, y opinion acerca de la »conveniencia de conceder ó negar la dispensa: elevando todos los »antecedentes al Ministro de Gracia y Justicia por conducto de »la Direccion del ramo, y procediendo con la mayor brevedad y »reserva.

(1) *Ley provisional*, art. 19.
(2) *Reglamento*, art. 42.
(3) *Ley provisional*, art. 18.—*Reglamento*, art. 46.

»A propuesta de la Direccion del ramo se dictará Real órden »concediendo ó negando, y se comunicará al Presidente del Tri»bunal para que, prévia la anotacion en el libro de dispensas, »y nota marginal en la Real órden, la entregue á los interesa»dos» (1).

Como puede verse, la concesion de dispensa para la publicacion de los edictos se diferencia algo de la de los impedimentos, así en la tramitacion como en la forma de concederla. No se ha creido necesario en aquellos expedientes la intervencion del ministerio fiscal, sin duda porque tratándose sólo de una cuestion de hecho, como es la de decidir si la causa alegada es bastante ó no, y tendiendo muchas veces estas dispensas á abreviar el tiempo, no ha creido el legislador necesario multiplicar los trámites: ademas, miéntras que se fijan justas causas para dispensar los impedimentos, se deja la apreciacion de éstas al libre arbitrio de los Presidentes de Tribunal y del Gobierno; cuando se trata de las dispensas de edictos, en éstas no se acudirá al Consejo de Estado; en aquéllas podrá esto suceder algunas veces; éstas, en fin, se conceden ó niegan por Real órden, aquéllas se conceden por Real carta y se niegan por Real órden; todo lo cual indica la mayor importancia de unas dispensas sobre las otras.

15. «Por los jueces municipales, á quienes competa celebrar »el matrimonio, se podrá conceder dispensa de la publicacion »de edictos y de todo documento que pruebe haberse hecho la »publicacion en el extranjero, cuando esto sea necesario, siem»pre que cualquiera de los interesados se halle en inminente pe»ligro de muerte; pero prévio certificado facultativo que acre»dite el peligro, conviccion en el juez de que es real, é informe »urgente del fiscal del juzgado» (2).

«El mismo derecho concedido á los jueces municipales es ex»tensivo á los jefes militares, contadores y capitanes de buques »en viaje y jefes de lazaretos y establecimientos análogos, en el »caso de peligro de muerte» (3).

«Pero el matrimonio se reputa condicional miéntras no se acre»dite la libertad de los esposos de todo matrimonio anterior» (4).

---

(1) *Reglamento*, art. 46, §§ 1.°, 2.° y 3.°

(2) *Ley provisional*, art. 16.—*Reglamento*, art. 43.

(3) *Ley provisional*, art. 43.—*Reglamento*, art. 57.

(4) *Ley provisional*, art. 32, § 2.°



TECA ... DERECHO

La ley, que mira como cosas necesarias y difícilmente dispensables la publicacion de *edictos*, y más especialmente áun la prueba de *libertad* de los contrayentes, ha estado, sin embargo, acertada y conveniente al permitir que estas formalidades tan esenciales puedan ser dispensadas en el acto y cuando se trata de un matrimonio *in articulo mortis*, por todos aquellos que pueden celebrarlos. En efecto, interesa á veces á la moral, á la justicia y al Estado que las familias se constituyan, que se legitimen derechos é intereses, que sin el matrimonio no serian legales, y, por lo tanto, que éste se verifique, y esto sobre todo cuando hay peligro de que retardándolo sea imposible su celebracion. Exige, sin embargo, para estos casos cuantas garantías puede exigir, y sólo da al matrimonio así contraido el carácter de condicional, miéntras no se prueba que reune todas las circunstancias necesarias para ser enteramente válido.

16. « Por la ley están dispensados de la publicacion de edictos » los militares en activo servicio, si presentan certificado de los je- » fes del cuerpo armado á que pertenezcan ó hayan pertenecido » durante los dos años últimos de ser libres ; pero esta exencion » ni alcanzará á su futura esposa ni le relevará de ninguno de los » demas requisitos y formalidades que se exigen » (1).

La vida activa del militar, la rapidez y repeticion con que varian de puntos de residencia, harian muy difícil el que los edictos se fijasen segun la ley previene, y por eso ésta cree que basta el certificado del jefe ; pero como no asiste la misma razon tratándose de la mujer ni respecto á las demas solemnidades, la ley no le dispensa de ellas. Debe tenerse en cuenta asimismo que si durante los dos últimos años no ha estado el militar en servicio activo, estará sujeto á la regla general.

17. La ley se ha venido ocupando hasta aquí, sin distincion, de españoles y extranjeros domiciliados en España y que intenten casarse segun ella; pero como podria acontecer que los que lo intentasen fueran extranjeros que no llevasen de residencia los *dos años* en que deben acreditar estar libres de todo vínculo anterior, dispone : « Que cuando los interesados extranjeros no lleven esos dos años de residencia en España, acrediten por certificacion de la autoridad competente, segun las leyes de su país,

(1) *Ley provisional*, art. 17.—*Reglamento*, artículos 44 y 45.

legalizada en forma y con todas las circunstancias que exigen las leyes españolas, para su autenticidad y validez, haberse hecho la publicacion del matrimonio que intentaren contraer, con todas las solemnidades exigidas en el territorio donde hubiesen tenido su residencia ó domicilio durante el año anterior á su entrada en España.

«Y en todo caso acreditarán su libertad para contraer matri-»monio» (1).

No podia consentir la ley que el extranjero fuese de mejor condicion que el español, ni exponerse á que, por no probar suficientemente la libertad de otro vínculo anterior, contrajese un matrimonio nulo, en perjuicio tal vez del otro contrayente español ó extranjero, pero inocente, y de la moral y de la ley.

Pero como las diligencias y actos de que se trata han de pasar en país extranjero, en el que nuestras leyes carecen de fuerza, ha exigido la del matrimonio civil que se practiquen esos actos segun las leyes del país respectivo, si bien han de legalizarse segun las del nuestro.

18. Consecuencia necesaria de la doctrina sentada respecto á la *publicidad prévia* que la ley quiere se dé á las peticiones para contraer matrimonio, es el que venga despues un período de *oposicion*, es decir, durante el que puedan presentarse denuncias de causas que se opongan á la celebracion del matrimonio proyectado; no era otra, por cierto, la tendencia de las amonestaciones ó proclamas canónicas; pero así como hemos dicho que el sistema de edictos adoptado por la ley civil nos parece preferible al adoptado por la canónica, así tambien dirémos que en las consecuencias está tambien más acertada aquélla que ésta. Basta, para convencernos de ello, tener presente que por más que la intencion sea idéntica en ambas legislaciones, en la canónica es potestativo el denunciar los impedimentos; todo el mundo puede hacerlo, todo el mundo tiene un deber de conciencia de hacerlo; pero nadie tiene una obligacion legal, para nadie hay una pena si la denuncia es falsa ó con dañada intencion interpuesta, miéntras que, como verémos luégo, la *Ley del matrimonio civil* impone á ciertos funcionarios la obligacion de denunciar y conmina con una pena al falso doloso denunciador.

(1) *Ley provisional*, art. 15.

19. DE LA OPOSICION AL MATRIMONIO. Al ocuparnos, pues, de ella deberémos examinar:

20. 1.° Quiénes tienen obligacion de denunciar y quiénes pueden hacerlo.

2.° De qué clase de impedimentos.

3.° Ante quién y en qué tiempo.

4.° Cómo se hace y cuál sea la tramitacion.

5.° Efectos que produce.

21. 1.° *Quiénes tienen obligacion de denunciar y quiénes pueden hacerlo.* «Los promotores fiscales y los síndicos de los pue»blos en sus respectivos casos, fiscales de partido y municipales, »segun la ley orgánica del Poder judicial, tendrán OBLIGACION »DE INQUIRIR Y DENUNCIAR al juez municipal que publicáre los »edictos, los impedimentos legales que afecten á los preten»dientes.

»Todo ciudadano mayor de edad podrá hacer la denuncia, ex»cepto la de falta de consentimiento del padre ó del á quien »por falta de éste corresponda, que sólo podrá hacerse por el lla»mado á consentir ó dar consejo» (1).

La ley impone á los funcionarios públicos que la representan, no sólo la obligacion de *denunciar*, sino la de *inquirir* cualquier *impedimento legal*, y es claro, interesada en que éstos no existan á la celebracion del matrimonio, con objeto de evitar nulidades ó uniones punibles, no podia contentarse con hacer obligatoria la *denuncia*, debia hacerlo tambien con la *inquisicion*, y ademas sin coartar las facultades de esos funcionarios; así que al tratarse de ellos se dice de los *impedimentos legales*, sin distinguir el de falta de consentimiento de los llamados á prestarlo por la ley (2), por más que en la exposicion de motivos parezca que la mente del legislador ha sido limitarlo tambien, como se hace al considerar la facultad de denunciar, como una accion pública, teniendo sin duda en cuenta que nadie debe inmiscuirse en los secretos de las familias, y ademas, que se trata de un impedimento puramente jurídico, que desaparece con sólo la aprobacion subsiguiente del matrimonio ó el otorgamiento en el acto de contraerlo (3).

---

(1) *Ley provisional*, artículos 20 y 21.—*Reglamento*, art. 48, prescripcion 1.ª

(2) Ley de 20 de Junio de 1862. — *Exposicion de motivos de la Ley del matrimonio civil.*

(3) *Cód. pen.*, art. 489.—*Reglamento*, art. 51, § 1.°

22. 2.° *De qué clase de impedimentos cabe denuncia.* «No po-»drán ser denunciados otros impedimentos que los marcados en »los artículos 4.°, 5.° y 6.° de la *Ley del Matrimonio civil;* ex-»puestos en los números 8 al 11 de la Leccion IX. Todo otro im-»pedimento que se denuncie, y el de falta de consentimiento no »hecho por la persona á quien corresponde prestarlo, será des-»echado de plano por el juez municipal ante quien se denun-»ciáre» (1).

La ley, al señalar en su capítulo II, seccion 1.ª, los impedimentos, lo hizo de una manera taxativa, marcó sola y exclusivamente los que habian de existir, sin otorgar á nadie la facultad de aumentarlos ó variarlos; no podia, por lo tanto, admitir denuncias de impedimentos que no existian; por eso, y para más claridad sin duda alguna, hace las prescripciones que preceden.

23. 3.° *Ante quién y en qué tiempo han de hacerse las denuncias.* «Ante los jueces municipales, y en el término señalado »en los edictos, ó en los cinco dias siguientes á su conclusion; ó »despues, pero sólo ante el juez que ha de autorizar el matrimo-»nio, y ántes de su celebracion» (2).

No existe ningun artículo ni en la ley ni en el Reglamento que haga de la exclusiva competencia de juez municipal determinado el conocer de las denuncias de impedimentos; pero el contexto de la mayor parte de los que tratan de la materia da á entender que lo serán todos aquellos por quienes se hayan publicado edictos, y áun nos inclinamos á creer que cualquiera otro ante quien se presente la denuncia deberá sustanciarla, dando cuenta al juez que debe celebrar el matrimonio, y remitiéndole el expediente.

El término señalado para hacer la denuncia es tambien prudente y bien calculado, así como el que pasado, sólo pueda hacerse ante el que ha de autorizar el acto y ántes de la celebracion, á cuya última parte podria objetarse que siendo nulo el matrimonio contraido con ciertos impedimentos, no habia razon para imponer silencio al que los supiese, y no hubiera podido denunciarlos ántes de la celebracion, autorizándose así matrimonios contra la ley; pero esta objecion está desvanecida por una

(1) *Ley provisional*, artículos 21 y 22.—*Reglamento*, art. 48, prescripcion 1.ª
(2) *Ley provisional*, art. 23.

parte, teniendo en cuenta que la ley no quiere permitir que cualquiera se inmiscue en el sagrado de la familía, y traiga á ella perturbaciones graves, y por otra, que está previsto el caso, como verémos; pues la ley señala quiénes pueden pedir la nulidad de un matrimonio (1).

24. 4.° *Cómo se hace la denuncia: su tramitacion.* «La denun»cia podrá hacerse por escrito ó verbalmente. Si se hiciere por »escrito, el juez municipal acordará que dentro de las veinticua»tro horas siguientes se ratifique el denunciante.

»Si se hiciese verbalmente, se hará constar en acta, que auto»rizará el secretario del juzgado, y firmará el denunciante si »supiere ó pudiere.

»Se sustanciará por el juez municipal ante quien se hizo, en »la forma y por los trámites que estableciere la *Ley de Enjuicia»miento civil*» (2). Hoy el Reglamento provisional para la ejecucion de las Leyes del Matrimonio y Registro civil dispone:

« 1.° Que hecha la ratificacion, el juez municipal dicte provi»dencia, mandando notificar la denuncia á los que intentaren »contraer matrimonio, y á sus padres ó curadores, si aquéllos »fuesen menores de veinticinco años, los que podrán hacer cons»tar en la diligencia de notificacion si persisten ó no en la cele»bracion del matrimonio. En el segundo caso se suspenderá toda »diligencia ulterior, y remitirá el expediente al juez designado »para autorizar el matrimonio.

»2.° Si no manifiestan el desistimiento en el acto expresado ó »en las veinticuatro horas posteriores, el juez dictará providen»cia recibiendo la denuncia á prueba por ocho dias y notificándo»dose al denunciante y á los que se notificó la denuncia.

»Los interesados, si fueren mayores de edad, ó los representan»tes de los menores, podrán oponerse á la denuncia, y se les »admitirán, lo mismo que al denunciante, todas las pruebas per»tinentes que aduzcan, que se practicarán dentro del término ex»presado, y en todo caso con citacion de ambas partes. Las de»claraciones de testigos se recibirán á presencia de los mismos »que quisieren concurrir, pudiéndose hacer verbalmente las pre»guntas y repreguntas que deseen y el juez estime conducentes. »No se admitirán interrogatorios por escrito.

(1) *Ley provisional*, art. 23.
(2) *Idem*, artículos 25 y 26.

»3.° Trascurridos los ocho dias útiles para prueba desde la »última notificacion, se unirán á la denuncia, con citacion y em»plazamiento para acudir al Tribunal de partido que haya de re»solver dentro de los ocho dias desde la fecha del último empla»zamiento, término que se ampliará á razon de un dia más por »cada cuarenta kilómetros que haya entre la residencia del em»plazado y la del Tribunal.

»4.° El juez que haya instruido el expediente lo remitirá in»mediatamente al Tribunal de partido, y si no fuere el llamado »á autorizar el matrimonio, lo hará por conducto del que hubie»re sido designado para ello, que remitirá juntos todos los expe»dientes á dicho Tribunal.

»5.° Recibidos en éste, y trascurrido el término del emplaza»zamiento, el Tribunal convocará á los interesados y al fiscal á »juicio verbal, que deberá celebrarse dentro de los tres dias si»guientes al en que concluya el emplazamiento.

»6.° Los interesados y el fiscal podrán presentar en el juicio »nuevos documentos y testigos. El Tribunal dictará, para mejor »proveer, las providencias que crea indispensables.

»7.° Dentro de los cinco dias siguientes á la celebracion del »juicio se dictará sentencia.

»8.° Contra ella no se da recurso alguno.

»9.° Se devolverán los expedientes al juez municipal que ha »de celebrar el matrimonio para que proceda segun la senten»cia» (1).

Tal vez la tramitacion que acabamos de exponer, corresponda más bien á un tratado de procedimientos que á unas Instituciones de Derecho civil; pero nos hemos detenido en ella, tanto porque forma parte del Reglamento, cuanto porque siendo especialísima, áun no se ha insertado en la Ley de Enjuiciamiento civil.

25. 5.° *Efectos que produce la denuncia.* «La denuncia, desde »el momento en que se propone, suspende desde luégo la cele»bracion del matrimonio hasta que fuere declarada por sentencia »firme su improcedencia ó falsedad.

»Si la denuncia fuera desestimada, los denunciantes indemni»zarán los gastos ocasionados.

---

(1) *Reglamento*, art. 48, prescripciones 3.ª á la 11.ª

»Si fuera de impedimentos no marcados en la ley, del de fal»ta de consentimiento por los que no están llamados á prestarlo »ó no se hubieran ratificado en forma los denunciantes, indemni»zará el juez que no las desechó de plano.

»Si se considerase maliciosa por sentencia firme la denuncia »privada, se condenará al denunciante á la indemnizacion de da»ños y perjuicios, y se reservarán sus derechos á los perjudi»cados para que ejerciten las acciones civiles ó penales que pro»cedan» (1).

26. Celebracion del matrimonio: El matrimonio se celebrará ante el juez municipal del domicilio ó residencia de los contrayentes, ó de uno de ellos á eleccion de los mismos.

«La ley ha tomado como base, no la vecindad, sino el domicilio ó residencia, con objeto de facilitar la celebracion de los matrimonios, y para evitar dudas define la residencia, que es la permanencia del interesado en el término municipal con dos meses de antelacion, y en los militares el territorio donde se halle, aunque sea accidentalmente, el cuerpo á que pertenezcan, ó radique el cargo ó comision militar que estuvieren desempeñando.

»Será tambien juez competente para celebrar el matrimonio »del transeunte *in articulo mortis*, el del territorio en que éste se »halle» (2).

27. «No podrá el juez autorizar matrimonio alguno sin hacer »constar en el expediente no haberse hecho denuncia de impedi»mento legal, ó haber sido desestimada por el Tribunal, y entre»gádose en la Secretaría del Juzgado:

»1.° Certificados de nacimiento de los interesados.

»2.° Negativas de denuncia de impedimentos.

»3.° Documentos que acrediten la dispensa de impedimentos »ó publicacion de edictos.

»4.° Los que acrediten haber obtenido el consentimiento ó so»licitado el consejo los hijos de familia ó menores.

»5.° La certificacion de libertad y de publicacion en su caso, »segun prescribe la ley (3) en el matrimonio de extranjeros.

---

(1) *Ley provisional*, artículos 24 y 27.—*Reglamento*, art. 48, prescripcion 9.ª, §§ 2.° y 3.°

(2) *Ley provisional*, artículos 28, 29 y 30.

(3) *Ley provisional*, art. 15.

»6.º Lo mismo en el de militares» (1).

Convencido el juez de la autenticidad y validez de los documentos expresados, y no existiendo motivo fundado que pueda impedir el matrimonio, *dictará providencia mandando proceder á su celebracion.* «Si tuviere algun motivo fundado para creer »que existe algun impedimento legal, lo pondrá en conocimiento »del ministerio fiscal para que formule la denuncia; pero si éste »no lo hace en el término de veinticuatro horas, no se podrá diferir el casamiento» (2).

«El juez municipal no puede delegar, pero sí ser sustituido »en caso de legítimo impedimento, por los suplentes á quien corresponda» (3).

28. «Puede celebrarse el matrimonio personalmente ó por »apoderado con poder especial, en que nombre la persona con »quien lo haya de contraer.

»El domiciliado ó residente en el territorio del juez autorizante ha de concurrir siempre personalmente.

»Será válido el matrimonio por poder, miéntras éste no se haya »revocado en forma auténtica (4).

»29. Se celebrará en el local de audiencia pública, á no ser »que á peticion de parte y por imposibilidad de alguna de ellas »acuerde el juez otra cosa.

»El dia que los contrayentes, de acuerdo con el juez, designen, y á la hora que éste señale.

»Todos los dias y horas son hábiles.

»Asistirán dos testigos mayores de edad y designados por los »contrayentes» (5).

En todas cuantas ocasiones habla de estos testigos, la ley dice mayores de edad, pero no varones. ¿Es que ha creido que así debe entenderse, ó por el contrario, que en la mente del legislador estaba el que pudiesen serlo el varon ó la mujer mayores de edad? Nos inclinamos á esta última opinion; la ley no distingue, y donde ella no lo hace, creemos que no es lícito hacerlo á nadie.

---

(1) *Ley provisional*, art. 31.
(2) *Reglamento*, artículos 51, 53, 50.
(3) *Idem*, art. 54.
(4) *Ley provisional*, artículos 35 y 36.
(5) *Ley provisional*, artículos 37 y 38.—*Reglamento*, art. 55.

«Llegada la hora de la celebracion, presentes todos los que deben concurrir, el juez hará presente el objeto de la reunion, y el secretario leerá los artículos 1.°, 2.°, 4.°, 5.° y 6.° de la ley.

»Acto contínuo y sucesivamente el juez interrogará á los esposos con la siguiente fórmula:

»*¿Quereis por esposa ó esposo á.....?* (el nombre del no inter»rogado).

»Los contrayentes por su órden contestarán: *Sí quiero.*

»El juez dirá: *Quedais unidos en matrimonio perpétuo é indi»soluble.*

»Y terminará el acto leyendo el secretario los artículos del capítulo v, seccion primera de la ley.

»Todo lo expresado se consignará inmediatamente en un acta, que firmarán el juez, los cónyuges y los testigos, y autorizará el secretario» (1).

30. Pueden celebrarse matrimonios en condiciones especiales, y de ello se ocupa tambien la ley; así el de «extranjeros contraido fuera de España con arreglo á las leyes de su nacion surte aquí todos los efectos del legítimo.

«El celebrado en el extranjero por dos españoles, ó español y extranjero, surtirá todos los efectos, si contraido con arreglo á las leyes del país de su celebracion, lo ha sido por quienes tienen aptitud segun la ley española.» Esto es, *el acto* se rige por el Estatuto formal; *la capacidad*, por el Estatuto personal.»

En estos matrimonios, para conservar su nacionalidad el español que los contraiga, deberá inscribirlos en el *Registro del Agente diplomático ó consular correspondiente* (2).

«Los jefes militares en campaña, los contadores y capitanes de buques, y los jefes de lazaretos ó establecimientos análogos podrán autorizar los matrimonios *in articulo mortis*» (3).

«Si los contrayentes ó uno de ellos fuere sordo-mudo, expresará su consentimiento por signos que no den lugar á duda.

»Si no entendieren el castellano, por medio de intérprete nombrado por el juez, testigo de mayor excepcion, y que preste juramento de desempeñar fielmente el cargo» (4).

---

(1) *Ley provisional*, artículos 38 y 39.
(2) *Ley provisional*, artículos 40, 41 y 42.—*Reglamento*, art. 56.
(3) *Idem*, art. 43.—*Idem*, art. 57.
(4) *Reglamento*, art. 58.

31. El acta se inscribirá en el *Registro civil* (1).

*El matrimonio canónico* podrá celebrarse ántes, despues ó al mismo tiempo que el *civil*.

Como hemos dicho, la ley no ha querido romper con los hábitos, costumbres y creencias arraigadas en España, y no ha tocado al matrimonio canónico, limitándose sólo á dar validez y fuerza al *civil*, y dejando á voluntad de los contra yentes celebrar el *canónico* cuándo y cómo mejor les parezca.

(1) *Reglamento*, artículos 59, 60, 61.—*Ley del Registro*, artículos 15, 17, 19, 20, 66 y 67.

# LECCION XI.

**Instituciones del Derecho civil.—De las personas.—Matrimonio civil.—Continuacion.—Legislacion novísima.**

**SUMARIO.**

1. Ideas preliminares.—2. Real órden de 11 de Enero de 1872. Sus efectos.—3 al 6. Decreto de 22 de Enero de 1875. Sus disposiciones. Su tendencia.—7 al 14. Decreto de 9 de Febrero de 1875. Su tendencia. Análisis de sus disposiciones. Deroga la Ley del Matrimonio civil. Devuelve al canónico sus antiguos efectos. Necesidad de la transcripcion al Registro civil.—15 y 16. Dificultades en la aplicacion del decreto por parte de los interesados. Por la de los párrocos.—17. Caso en que rige la Ley del Matrimonio civil.—18. Devolucion á los tribunales eclesiásticos de las causas matrimoniales.—19 y 20. Retroactividad de la ley respecto á los ordenados *in sacris*.—21 y 22. Instruccion dictada para llevar á cabo el decreto.—23. Dificultades para plantear el decreto.—24. Decretos posteriores.—25 al 27. Rápido exámen de la triple legislacion sobre el matrimonio que hoy existe en España.

1. Al ocuparnos en la leccion VII de la Ley del Matrimonio civil en la primera edicion de esta obra, deciamos que las innovaciones por ella introducidas eran de tal importancia, tocaban tan de cerca á lo que el hombre tiene de más sagrado sobre la tierra, á la familia, que no era extraño que alarmase las conciencias y fuera su implantacion difícil en España. Los hechos han venido á comprobar nuestros temores, pues miéntras la Ley del Registro civil, siquiera no carezca de imperfecciones, ha ido arraigando en España, la Ley del Matrimonio rudamente combatida desde el principio, ha tenido que ser modificada en su esencia, mejor dicho, derogada; si bien es cierto que no ha podido ménos de dejar rastros de su existencia, porque ni los hechos pueden borrarse por completo, ni es posible destruir una institucion, siquiera no tenga la sancion del tiempo, cuando ya ha producido efectos prácticos.

2. Se habia llevado quizá demasiado léjos el deseo de romper

por completo con lo existente, creyendo quizás que miéntras con más energía se luchára era más seguro el triunfo, y la Real órden (1) que mandó inscribir en el registro civil como hijos naturales á los de matrimonio solamente canónico fué el primer pretexto, ó mejor dicho, la primera ocasion que se presentó para modificar la ley.

3. En efecto, un Decreto del Ministerio-Regencia (2) anula la Real órden citada, declara que deben inscribirse como hijos legítimos todos los que nacieren ó hubieren nacido de matrimonio solamente canónico, á peticion de parte interesada y con sólo la presentacion de la partida sacramental, y áun sin ella, pero produciendo sólo efectos provisionales. Las inscripciones en que los hijos de matrimonio exclusivamente canónico aparecieran como naturales se rectificarán desde luégo, á instancia de cualquiera de las personas señaladas en el art. 47 de la Ley del Registro civil con sólo la presentacion de la partida sacramental de bautismo.

4. Aun va más léjos el Decreto, pues exime de toda responsabilidad á las personas obligadas, segun la Ley del Registro, á hacer la presentacion é inscripcion de un recien nacido si hubiesen dejado de hacerlo de un hijo de matrimonio canónico, y ni áun existirá la obligacion de presentarlos al registro siempre que en el acto de la inscripcion se presente la partida sacramental de bautismo.

5. La Instruccion que, como complemento de este decreto, se dirigió á los jueces de primera instancia (3) no hace más que dar reglas para que la práctica aplicacion del Decreto sea acordada y uniforme.

6. Fácil era de comprender desde luégo, si ya el preámbulo del Decreto no lo dijese clara y terminantemente, que habia venido á ser el precursor de una disposicion más grave, más trascendental y más profunda.

7. No se hizo ésta esperar mucho tiempo, y en 9 de Febrero subsiguiente apareció un nuevo Decreto encaminado, no ya á corregir y enmendar disposiciones, digámoslo así, secundarias de la Ley del Matrimonio civil, sino á modificar ésta en su esencia, mejor dicho, á derogarla en absoluto y por completo.

(1) 11 de Enero de 1872.
(2) 22 Enero de 1875.
(3) Real órden de 30 de Enero de 1875.

8. Tal fué, sin duda alguna, el pensamiento y la tendencia claramente manifestadas en el Decreto que nos ocupa.

9. Precedido va de un preámbulo en que se explican las causas de su promulgacion, y que es necesario tener muy en cuenta, porque á veces se deducen de él disposiciones importantísimas que no existen en el articulado del Decreto.

Veamos ahora cómo el Decreto de que hablamos modifica la legislacion creada en 1870.

10. Devolviendo al matrimonio canónico todos los efectos civiles que le reconocian las leyes vigentes hasta la promulgacion de la provisional de 18 de Junio de 1870 (1) declarándola derogada, excepto en las disposiciones contenidas en el capítulo v (2), y convalidando los matrimonios canónicos celebrados desde que empezó á regir la ley citada, y que no tenian fuerza ni valor legal, parecia que nada restaba de la ley; pero, sin embargo, alguna cosa queda aún en la obligacion que se impone á todo el que contrajere ó hubiere contraido matrimonio canónico de acudir al registro civil para transcribirlo, sin cuyo requisito el matrimonio canónico, único aceptado, único válido en España, segun el Decreto, no producirá, sin embargo, efectos civiles, sino prévias comprobaciones y diligencias difíciles y costosas.

11. Tenemos, pues, que el Decreto ha reconocido que si bajo el punto de vista religioso y sacramental, de que los católicos no pueden prescindir, el matrimonio canónico es y será el verdadero matrimonio español, no olvidaron tampoco que, como decíamos, tiene esta institucion un lado puramente civil, del que no pueden prescindir los poderes del Estado.

12. Del Decreto que nos ocupa podriamos decir que, si bien ha venido á tranquilizar las conciencias, á conservar y robustecer las antiguas y ya tradicionales leyes de nuestra patria, transigiendo hasta cierto punto y cuanto esto ha sido posible con lo que los tiempos trajeron de nuevo, hubiera sido muy conveniente que se tuvieran en cuenta algunas circunstancias que han dificultado y dificultarán aún el planteamiento completo de la doctrina del Decreto. Nos referimos á sus disposiciones relativas á la trascripcion de la partida sacramental en los libros del regis-

(1) Artículo primero del decreto citado de 1875.
(2) Artículo 5.º

tro civil. Cierto es que el legislador ha tomado todas las precauciones necesarias para que se verifique, que ha querido adunar los intereses de la potestad eclesiástica con los de la potestad civil y con los del particular interesado: que al propio tiempo que dando al Decreto cierto carácter retroactivo, da validez completa á los matrimonios solamente canónicos celebrados miéntras existia la ley civil y que carecian de aquélla, exige como condicion esencial la inscripcion, ó mejor dicho, la transcripcion de la partida canónica al registro dentro de un término fatal de noventa dias desde la publicacion en la *Gaceta* del Decreto que nos ocupa.

13. Cierto tambien que obliga á los que contraigan matrimonio canónico, á que hagan la transcripcion indicada dentro del plazo de ocho dias contados desde la celebracion, y que conmina con una multa, quizá excesiva, á los que no cumplan estas disposiciones, pena que podrá convertirse hasta en prision subsidiaria con arreglo á lo dispuesto en la ley penal.

14. Si la ley del registro civil hubiera echado más profundas raíces en España, si por la generalidad se hubiera comprendido toda su importancia, las transcripciones de que venimos hablando se hubieran verificado cuidadosamente, el Decreto se hubiera cumplido y se hubieran evitado perjuicios de gran importancia, que quizás se tocan ya, pero que han de tocarse de seguro mucho más graves pasado algun tiempo.

15. Aplicóse el Decreto al principio con cierta rigidez, pero fué tal el número de personas incursas en las penas del Decreto mismo, que se creyó necesario conceder prórogas para la transcripcion, y se ha venido á parar en una próroga indefinida, haciendo así ilusorio el pensamiento y el espíritu del Decreto (1).

16. Impónense en él á los curas párrocos ciertas obligaciones relativas á la manera y forma con que han de participar la celebracion de matrimonios ante ellos contraidos durante el ejercicio de la ley de 1870, y los que se contrajeren despues de la publicacion del Decreto, que no se cumplen fácilmente, y el correctivo que á esta falta de cumplimiento quiere aplicarse, obligando al juez municipal á denunciarla (2), nos parece que no

(1) Decreto de 17 de Febrero de 1879.
(2) Decreto citado, art. 3.º

producirá otro efecto que cierto antagonismo entre ambas potestades, que debe evitarse á toda costa, y que realmente en la práctica se ha evitado.

17. Si bien en el articulado del Decreto parece que la ley de 1870 queda derogada en absoluto, por el preámbulo del mismo se comprende que esto sólo habla y se refiere á los que profesan la religion católica; y no podia ser de otra manera, toda vez que los que al gremio de la Iglesia no pertenecen no pueden celebrar el matrimonio-sacramento, y como muy juiciosamente se dice en el preámbulo, no pudiendo el Gobierno impedir que residan en España personas de otra creencia que la verdadera ni privarlas de los medios de constituir familia que pueda ingresar algun dia en el seno de la Iglesia misma, declara para ellos subsistente la ley en general derogada.

18. Consecuencia necesaria de la doctrina sentada en el Decreto es el devolver á los tribunales eclesiásticos el conocimiento de todas las causas de divorcio y nulidad de matrimonio, que, segun los sagrados cánones y leyes antiguas de España, les correspondian, si bien declarando firmes las ejecutorias dictadas en las causas ya fenecidas (1).

19. Ha suscitado grave controversia la disposicion (2) en virtud de la cual quedan anulados los matrimonios contraidos por los ordenados *in sacris* ó ligados con voto solemne de castidad en alguna órden religiosa canónicamente aprobada, si bien dejando á salvo los derechos adquiridos por los hijos habidos ó que nacieren dentro de los trescientos dias siguientes á la fecha del Decreto, y hay que tener en cuenta la diferencia entre lo prevenido en este artículo y en el párrafo tercero del segundo, que tenía como punto de partida para fijar el plazo en que se han de trascribir los matrimonios el de la publicacion en la *Gaceta*.

20. Sin duda alguna, la disposicion contenida en el artículo que hemos examinado es la más grave y trascendental de todo el Decreto.

21. La instruccion dictada (3) para su aplicacion no es por cierto ménos importante que el Decreto mismo.

22. Por más que parezca que una instruccion no debia ser otra

(1) Decreto citado, art. 7.°
(2) Idem id., art. 6.°
(3) 19 de Febrero de 1875.

cosa más que una coleccion de reglas prácticas para facilitar el cumplimiento de una disposicion legislativa fundamental, en ocasiones como en la presente son los reglamentos ó las instrucciones de mucha mayor importancia: y véase cómo la de que nos ocupamos, no solamente trata de la forma gráfica, de los plazos y de las formalidades con que ha de hacerse la transcripcion, no sólo habla de la manera de pedirla y de las personas que pueden hacerlo, sino que se extiende á señalar las condiciones ó circunstancias que han de tener las partidas sacramentales de matrimonio, anteriores al decreto y posteriores á él, lo que ha de hacerse en los matrimonios celebrados en el extranjero por dos españoles ó por uno que quiera conservar su nacionalidad, para lo que impone la obligacion de inscribirlo en el registro diplomático ó consular más próximo al lugar de la celebracion, sino tambien de la forma y manera con que ha de darse conocimiento á los jueces municipales de las sentencias que recaigan en las causas de divorcio y nulidad, seguidas y sentenciadas por los tribunales eclesiásticos á quienes por el decreto se ha devuelto su conocimiento.

23. Como hemos indicado, el planteamiento de las nuevas disposiciones no dejó de producir graves dificultades, tanto más, cuanto que ni era entónces normal la situacion del país, ni fácil, por lo tanto, cumplir con la obligacion referente á la transcripcion en los registros.

24. Dictóse por ello un nuevo Real decreto (1) prorogando los plazos para la transcripcion, facilitando ésta en los casos en que no exista ó no funcione el registro civil en el pueblo donde el matrimonio se celebró, condonando las multas en que los interesados habian incurrido por no haber hecho la presentacion á tiempo, y mandando poner en libertad á los que estuvieren por esta causa sufriendo la prision subsidiaria. No produjo esta disposion legal los apetecidos efectos, por lo que la subsiguieron otras várias de la misma forma hasta que se publicó un Real decreto, que declaró ilimitado el plazo para hacer la transcripcion (2); pero negando, como no podia ménos, toda significacion civil al matrimonio no transcrito al Registro civil. Siguióse sin

(1) 31 de Agosto de 1875.
(2) Real decreto de 17 de Febrero de 1879.

duda alguna en esta disposicion el criterio que para un caso análogo se habia adoptado al tratarse de las inscripciones en el Registro de la Propiedad con respecto á los contratos objeto de la inscripcion, pero debióse tener en cuenta la diferencia que existe entre un contrato puramente civil y uno que, como el que nos ocupa, ostenta un carácter civil, social y religioso.

25. Tenemos, pues, que hoy el matrimonio en España puede decirse que se rige por tres legislaciones distintas: por la esencialmente canónica, para aquéllos que se celebraron ántes de la ley de 1870; por la legislacion puramente civil, los celebrados miéntras rigió la ley, y los que se celebren despues de su derogacion por los que clara y ostensiblemente manifiesten no pertenecer al gremio de la Iglesia (1), y finalmente, por la legislacion canónica, con las obligaciones impuestas á los contrayentes por el decreto de 9 de Febrero de 1875, que acabamos de analizar.

26. Parecia á primera vista que esta triple legislacion que se habia sucedido en el corto espacio de cuatro años, que habia creado derechos, y modificado derechos, y extinguido derechos, debia haber traido una perturbacion profunda; pero tienen tal fuerza algunas instituciones, dominan de una manera tan enérgica y potente, que se enseñorean de la voluntad del hombre y se imponen á ella y áun al tiempo. No es difícil comprender que la institucion de la familia es quizá la que con más fuerza ostenta estas circunstancias, y merced á ello, como ántes deciamos, la perturbacion no ha sido tan grave como pudiera temerse. De todos modos, quedando en España vivo y vigente el matrimonio canónico como el único posible entre españoles católicos, la institucion del matrimonio civil ha producido dos efectos de suma importancia, que cada dia se irán apreciando con más imparcialidad y criterio. Primero, el permitir que puedan crear familia á los que por estar fuera del gremio de la Iglesia estaban privados de tenerla legítima. Quizás esto pueda, como ya hemos indicado, traducirse en un medio de atraer al seno de la Iglesia, de una manera indirecta, á los que en el acto de la celebracion del matrimonio estaban de ella separados por casualidad ó por interes del momento.

---

(1) Real órden 27 de Febrero de 1875.

Segundo, dar cierta intervencion que ántes no tenía al poder civil en la grave cuestion de matrimonios.

27. Este segundo punto ha de perfeccionarse más y más, y ha de producir muy provechosos resultados á proporcion que la inteligencia entre las dos potestades sea más y más estrecha y franca, y ambas se convenzan de la utilidad recíproca de marchar de consuno.

Miéntras escribimos esta leccion, el primer tribunal del Reino, el Supremo de Justicia, creador de la Jurisprudencia en España, se ocupaba de una cuestion gravísima en el fondo y en la forma, cual era la de decidir si el decreto de 9 de Febrero de 1875 era un decreto-ley, y por lo tanto con fuerza bastante para derogar la ley provisional del matrimonio civil de 1870. Gravísimo era el punto sometido á la alta ilustracion del primer Tribunal del Estado, por más de un concepto: no sólo se trataba en él de una cuestion de Derecho privado, forma en que habia sido sometida á su decision; ventilábanse importantes cuestiones de Derecho público, político y constitucional, se iba á decidir de multitud de intereses de altísima estima, se iba quizás á traer una nueva perturbacion á las conciencias, á la sociedad y á la familia, su base capital, y la cuestion acrecia en gravedad, puesto que se ventilaba en momentos en que su solucion habia de afectar á actos políticos muy importantes para el país.

Esperábase por lo tanto la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia con verdadera ansiedad por todos los en la ciencia del Derecho versados, y puede decirse que dictada con oportunidad ha venido á resolver un gran problema. Hemos examinado la sentencia, en una copia que con diligencia suma nos hemos podido procurar, porque hasta la fecha (Noviembre) no se ha publicado en la *Gaceta de Madrid:* la creemos auténtica; pero si incurriésemos en algun error, cuidarémos de rectificarlo apénas se publique oficialmente, limitándonos por ahora á reproducir los considerandos y el fallo que conocemos (1).

(1) «Considerando: 1.° Que el decreto de 9 de Febrero de 1875 no puede ser examinado ni juzgado con arreglo á los preceptos consignados en la Constitucion y en las leyes orgánicas del país, vigentes en épocas normales, sino como una disposicion adoptada por el Ministerio-Regencia haciendo usò de las facultades que le habia conferido la alta institucion que entónces asumia los poderes del Estado, por lo cual no puede negarse al citado decreto el carácter de dispo-

Para nosotros que juzgamos sin pasion y bajo un punto de vista práctico, lo cual nos parece que no está reñido ni con la filosofía ni con la ciencia, la decision del Supremo Tribunal de Justicia es digna de alabanza. Necesario es tomar los tiempos como los tiempos son, considerar las leyes y disposiciones legales de toda clase con relacion á las épocas en que se dictaron, huir de darles efectos retroactivos, siempre perjudiciales, siempre funestos, y todas estas consideraciones parécenos que las ha tenido muy en cuenta el Tribunal Supremo. Declarar que el Decreto de 9 de Febrero de 1875 no tenía fuerza derogatoria de la ley provisional del matrimonio civil, y hacer esta declara-

---

sicion legislativa, por más que á su formacion no hubiesen concurrido las Córtes, que á la sazon estaban disueltas.

2.° Que en virtud del expresado carácter del decreto de 9 de Febrero han quedado derogadas las leyes anteriores en todo lo que no fueran conformes sus disposiciones.

3.° Que el referido decreto de 9 de Febrero no ha perdido ni puede perder su fuerza de ley hasta que las Córtes lo deroguen ó modifiquen.

4.° Por lo que queda expuesto, que la sentencia recurrida no ha infringido las leyes y doctrina que se expresan en el tercer motivo del recurso.

5.° Que tampoco lo ha sido el axioma jurídico de que las leyes no tienen efecto retroactivo ni la doctrina emanada de las leyes y confirmadas por las sentencias de este Supremo Tribunal que se citan en el primer fundamento del recurso, porque la retroactividad de la ley tiene lugar cuando la establece clara y terminantemente, como sucede en el caso actual, en que el párrafo segundo del Real decreto del 9 de Febrero de 1875 determina que los matrimonios canónicos celebrados desde que empezó á regir la ley provisional, 18 de Junio de 1870, hasta el dia de la fecha del decreto, surtirán desde la época de su celebracion los mismos efectos que les reconocian las leyes vigentes hasta la promulgacion de la provisional ya citada, en cuyo caso se encuentra el de D. Francisco Javier Barros con doña Rita Arquiaga, contraido en 19 de Junio de 1872.

6.° Que al atribuir la sentencia el efecto de legitimidad de la prole á dicho matrimonio canónico, no comete la infraccion del artículo 2.° de la ley provisional sobre el matrimonio civil señalada en el segundo fundamento del recurso, porque el expresado artículo quedó derogado por los 1.° y 5.° del decreto de 9 de Febrero de 1875.

7.° Por último, que tampoco infringe la ley 5.ª, título XIII, Partida VI, relativamente á la sucesion legítima de los colaterales, ni el art. 2.° de la ley de 16 de Mayo de 1835, que se refiere á la sucesion de los que fallecen *abintestato*, puesto que el órden establecido en ambos no es aplicable cuando, como en el caso presente, el fallecido deja hijos legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio.

Fallamos que debemos declarar y declaramos *no haber lugar* al recurso de casacion por infraccion de ley, interpuesto por D. Manuel María Barros, á quien condenamos al pago de las costas y á la pérdida del depósito que ha constituido, que se distribuirá con arreglo á la ley.»

cion cuatro años despues de publicado aquél, tanto valia como declarar ilegales todos los matrimonios celebrados desde 1875 hasta la fecha, sobre todo los muchos que no están aún trascritos al Registro civil. Precisamente el efecto más grave que nosotros encontramos en el decreto objeto de nuestras apreciaciones es la parte que tiene de retroactividad, el Tribunal Supremo, sin duda alguna, ha pesado en su alto criterio con madurez suma la gravísima cuestion sometida á su fallo, y comprendido, que no se conmueven impunemente las bases de una institucion tan grande, tan santa, tan esencial para la vida de los pueblos como la familia; y que si la española ha podido salir incolume del rudo choque sufrido primeramente por la ley del matrimonio civil y más tarde por el decreto de 9 de Febrero, quizás viera destruidos sus elementos esenciales con una nueva y trascendental modificacion en su manera de constituirse.

La transaccion entre las dos legislaciones vendrá natural, necesaria, ineludible, pero han de hacerla los tiempos, la razon, la ciencia, jamas un golpe rudo y *ab irato*.

---

# LECCION XII.

**Instituciones del Derecho civil.— De las personas.— Matrimonio civil.— Continuacion.**

**SUMARIO.**

1. Efectos generales del matrimonio. Su clasificacion. —2. *Efectos del matrimonio con relacion á los cónyuges.*—3. Comunes.—4. Peculiares al marido.—5. Peculiares á la mujer.—6. *Efectos del matrimonio con relacion á los bienes de los cónyuges.*—7. La familia es una sociedad especial. Su estudio. Sistemas que la han presidido.—8. Las leyes al ocuparse del caudal de la familia los han tenido presentes.—9. Tres sistemas respecto á la manera de ser y administrar el caudal de la familia.—10. Primer sistema: doble autonomía. —11. Segundo sistema: el marido absorbe la personalidad de la mujer.—12. Tercer sistema: existencia de una triple personalidad.—13. Cuál es el más filosófico.—14. La legislacion de Castilla adopta el tercer sistema.—15. Bienes que la mujer aporta al matrimonio.

1. Efectos generales del matrimonio. Lo dicho en las lecciones anteriores basta para comprender que el matrimonio crea una sociedad perpétua é indisoluble entre los cónyuges y los hijos; sociedad en la que existen personas que la forman y bienes aportados por los cónyuges y adquiridos durante el matrimonio; por lo tanto, los efectos generales del matrimonio se referirán á las personas y á los bienes de los cónyuges y de los hijos, que debemos tratar con la conveniente separacion, comenzando por los primeros, que son la base de la sociedad llamada familia; nuestras antiguas leyes se habian ocupado cuidadosamente de esta materia, y la habian definido y reglamentado segun las necesidades y los usos de la época en que respectivamente se dieron; nuevas leyes promulgadas en el último tercio del presente siglo han modificado notablemente nuestro antiguo Derecho; entre esas leyes merecen especial mencion la hipotecaria y la del matrimonio civil, que, aunque derogada esta última, como hemos dicho, por el Decreto de 9 de Febrero de 1875, ha quedado vigente en todo

cuanto se refiere á la materia que va á ser objeto de nuestro estudio y de la que se ocupa en el capítulo v. (1)

Teniendo, pues, en cuenta, por una parte cuanto disponen y estatuyen nuestras antiguas leyes, por otra lo que las nuevas han creado, y no olvidando nuestra legislacion foral ó provincial, que en puntos importantes se separa de la general de Castilla, al ocuparnos de los efectos legales de esa institucion altamente santa y veneranda que se llama matrimonio, podrémos hacer la division siguiente:

1.° Efectos del matrimonio con relacion á la persona de los cónyuges.

2.° Con relacion á sus bienes.

3.° Con relacion á la persona de los hijos.

4.° Con relacion á sus bienes.

Ocupémonos de ellos por el órden enunciado.

2. 1.° — *Efectos del matrimonio con relacion á los cónyuges.* Éstos, ó son *comunes á ambos cónyuges* ó *peculiares á cada uno.*

3. *a.—Son comunes.* La emancipacion, pues tanto el hombre como la mujer salen por el matrimonio del poder paterno; pero no por eso se concede á la mujer la mayoría de edad hasta que cumple los veinte y cinco años (2).

La *fidelidad*, base de la *unidad* é *indisolubilidad* del matrimonio, sin cuyas condiciones no puede existir la familia y el *socorro* y proteccion mutua de los cónyuges (3).

4. *b.—Son peculiares al marido*:

1.° La facultad, al entrar en los diez y ocho años, de administrar sus bienes y los de su mujer; pero prévio el consentimiento de su padre; en defecto de éste, de la madre; y en el de ésta, del juez, en lo cual se varía lo dispuesto en la *Novísima Recopilacion:* exceptúanse los que por la ley le corresponden exclusivamente á aquélla, sin que por ello se la suponga mayor de edad; así que necesitará de curador para enajenar bienes, comparecer en juicio y observar las formas judiciales determinadas para ciertos actos, gozando de la *in integrum restitutio.*

No podrá tampoco ejercer acto de administracion en el caudal

---

(1) Decreto citado de 9 de Febrero de 1875, art. 5.°, párrafo 2.°

(2) Senten. del T. S. de Justicia de 18 de Setiembre 1872.

(3) *Ley provisional*, art. 44.—Senten. del T. S. de Justicia de 7 Enero 1868.

de la mujer el que esté separado por sentencia firme de divorcio, si bien miéntras ésta no se dicte tendrá aquel derecho (1), ni el que se halle ausente en ignorado paradero ó sujeto á la pena de interdiccion civil (2).

2.° El derecho de exigir respeto y obediencia de su mujer, que vivirá en su compañía y le seguirá á todas partes, excepto al extranjero, si los tribunales con conocimiento de causa la eximen (3).

3.° El poder paterno con respecto á los hijos nacidos de su matrimonio.

4.° El derecho de representar á su mujer en todos los actos judiciales (4).

5. *c.—Son peculiares á la mujer:*

1.° Entrar en la potestad marital.

2.° Gozar de los honores y distinciones del marido que no fueren personalísimos, y áun viuda, miéntras no se case de nuevo.

3.° Exigir de su marido proteccion y apoyo.

4.° Ejercer la patria potestad en defecto del padre.

5.° Necesitar autorizacion de su marido para administrar los bienes, aceptar ó repudiar una herencia, celebrar contratos y comparecer en juicio. Todo lo que haga en contrario será nulo, á no ser en los casos que las leyes prescriben, ratificándolos el marido, prévia licencia judicial si son cosas muebles compradas al contado, al fiado, para consumo de la casa, ó joyas, ropas y muebles preciosos que hayan sido empleados en el uso de ella ó de la familia con conocimiento del marido y sin reclamacion (5).

A pesar de lo dicho, la mujer casada podrá comparecer en juicio sin licencia de su marido, si bien obteniendo la habilitacion del Juzgado de su domicilio:

1.° Si el marido se halla ausente y no hay esperanza fundada de su próxima vuelta.

2.° Si se ignorase por completo el paradero del marido ausente.

3.° Si el marido se negáre á representarla en juicio.

---

(1) Senten. del T. S. de Justicia de 9 Mayo 1870.

(2) *Ley provisional*, artículos 46 y 47. Ley 7.ª, tít. II, lib. X de la *Novísima.—Cód. pen.*, art. 43.

(3) *Ley provisional*, artículos 45 y 48 y Senten. citada de 7 Enero 1868.

(4) *Idem id.*, art. 45.

(5) Leyes 55, 59, 60 de *Toro*, insertas en la *Nov. Recop.* y Senten. del T. S. de Justicia de 25 Setiembre y 10 Octubre de 1861.—18 de Octubre y 19 Diciembre de 1862.—20 de Junio de 1863.—5 Marzo de 1864.—23 de Junio de 1865.—25 Setiembre 1868.—30 Enero de 1872.

La autorizacion judicial sólo podrá concederse cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1.ª Haber sido demandada la mujer.

2.ª Ocasionársele graves perjuicios de no entablar la demanda para que pide la autorizacion: estos casos son taxativos: para conceder la autorizacion se oirá siempre al Promotor Fiscal, y se la proveerá de curador si es menor de edad; si es mayor, se la autorizará para dar poder á procurador (1).

La nulidad de los actos otorgados por la mujer sin licencia del marido, ó que éste no haya ratificado, sólo podrá pedirse por el marido ó por sus herederos (2).

Para publicar escritos científicos ó literarios necesita tambien licencia del marido, ó en su defecto autorizacion del Juez.

6.° Poder disponer libremente de sus bienes por testamento, y ejercer los derechos y cumplir los deberes que correspondan respecto á los hijos legítimos y naturales reconocidos, habidos en otro, y á sus bienes (3).

Tiene la misma facultad si es mayor de edad y su marido sufre la pena de interdiccion civil.

Determinados los efectos que el matrimonio produce con relacion á las personas de los cónyuges, veamos los que comprende el segundo miembro de la division.

6. 2.°—*Efectos con relacion á los bienes de los cónyuges.*

7. La familia creada por el matrimonio es una sociedad constituida entre varon y mujer para realizar ciertos fines de la vida; como toda sociedad, tiene una parte material que la constituyen los bienes de fortuna propios de cada uno de los asociados y los producidos ó adquiridos mediante la misma sociedad; pero la familia es una sociedad cuya constitucion, cuya naturaleza y cuya manera especial de ser dista mucho de todas las demas sociedades. Estas, en general consideradas, son temporales y disolubles por la voluntad de los asociados; cada socio conserva íntegra su personalidad, miéntras que la familia es una asociacion perpétua, indisoluble, y en la que la personalidad de cada uno de los que la componen se modifica completándose, para crear una personali-

(1) *Ley de Enjuiciamiento civil*, artículos 1351 al 1358.

(2) *Ley provisional*, artículos 45, 49, 50, 52, 64, 54, 55.—Ley 11, tít. I.—Ley 10, tít. XX.—Ley 12 y 13, tít. I, lib. X de la *Novísima*.

(3) *Ley provisional*, art. 53.

dad nueva y especial en sus formas y en sus efectos y consecuencias.

Si el varon y la mujer parecen partes integrantes de ese gran todo que nace por la union de ambos en el matrimonio, libres é independientes ántes de contraerlo, con una personalidad perfectamente deslindada, desde el instante en que esas personalidades se unen, parece como que se pierden en la personalidad conyugal, supliéndose, completándose y armonizándose sus elementos varios, para formar una *unidad* moral y legal admirable.

Podemos, pues, decir que esta variedad armonizada produce tres elementos constitutivos en el seno de la familia: la *personalidad del hombre*, que representa la fuerza, la energía, el poder; la *personalidad de la mujer*, representante de la dulzura, el cariño, la templanza; y la *unidad*, nacida de ambos elementos armonizados, que representa la vida, la actividad, la relacion de la sociedad con el mundo exterior.

Claro es que los dos primeros elementos deben confundirse de manera tal, que las fuerzas antitéticas que surgen de dos personalidades distintas é independientes, pero dirigiéndose á un mismo fin, se conviertan en fuerzas sintéticas y armónicas, productoras de la *unidad*. De la unidad, que en el seno de la familia es compleja como resultado necesario de dos personalidades, que ni se destruyen ni desaparecen; pero que al exteriorizarse tienen que hacerlo en una sola manifestacion representada por el hombre, jefe de la familia, y manifestacion externa de su vida, de su actividad, de su existencia.

8. Las leyes positivas al ocuparse del caudal de la familia no han podido prescindir de las consideraciones que acabamos de exponer; unas han visto en ella la asociacion de dos personas que guardan intacta su personalidad; otras, por el contrario, han creido que la personalidad de la mujer desaparece por completo ante el poder y la personalidad absorbente del hombre, y otras, en fin, han considerado la familia tal como nosotros lo hemos hecho.

9. De aquí, pues, que existan tres distintos sistemas legales respecto á la manera de ser de la administracion de los bienes de la familia.

10. Los que creen que en ella existen siempre dos personalidades autónomas é independientes han sostenido que no pueden confundirse jamas en una masa comun los bienes de cada uno de

los cónyuges, sino, por el contrario, conservarse siempre separados como la personalidad de donde emanan, y de aquí el sistema de la separacion de bienes y de la administracion ejercida por el propietario de ellos.

11. Los que, por el contrario, han visto en el matrimonio y en la familia una asociacion en la cual la mujer pierde por completo su personalidad jurídica, y sólo queda señora, imperante, dominadora la personalidad del hombre, han hecho que éste sea el dueño absoluto de todo cuanto constituye el caudal de la familia, y, por lo tanto, el solo y exclusivo administrador, sin responsabilidad y sin necesidad de dar garantías de ninguna especie.

12. Finalmente, para los que el matrimonio conserva viva la personalidad de cada uno de los cónyuges creando otra nueva personalidad moral y jurídica que representa la unidad de esos elementos varios, no puede ser aceptado ninguno de los dos sistemas exclusivos, y hacen surgir otro mixto, que consiste en mantener la separacion de lo que cada uno aporta al matrimonio, la comunidad de lo que durante el matrimonio se adquiera, y la concentracion en el marido de là facultad de administrar.

13. Este sistema mixto, sin duda alguna el más filosófico y conveniente, y el más acorde con la naturaleza esencial del matrimonio y de la familia, ha sido el adoptado y seguido por la legislacion de Castilla.

14. Como consecuencia de conservar cada cónyuge la propiedad de los bienes aportados por él, y de ser el administrador único y especial el marido, cuyos bienes deben responder en primer término á todas las cargas y necesidades del matrimonio, ha sido el conceder las leyes á la mujer ciertas garantías de seguridad para sus bienes; garantías que, segun nuestra antigua legislacion, eran insuficientes para guardar su derecho, perjudiciales muchas veces á la familia misma, y muy ocasionadas á abusos y fraudes, y que ha sido notablemente mejorada en nuestros tiempos, merced á las acertadas disposiciones de la ley hipotecaria.

15. Debemos, pues, ocuparnos de los bienes que la mujer aporta al matrimonio y de los que se adquieren durante éste.

Los bienes aportados por la mujer pueden tener diverso orígen, diversos caractéres, y, por lo tanto, diversa representacion; los más importantes son los *dotales*, de que nos ocuparémos en la leccion siguiente.

# LECCION XIII.

**Instituciones del Derecho civil.—De las personas.—**
**Matrimonio civil.—Continuacion.**

---

**SUMARIO.**

1. EFECTOS DEL MATRIMONIO CON RESPECTO Á LOS BIENES DE LOS CÓNYUGES. Clasificacion de estos bienes.—2. DOTE, su desarrollo histórico.—3. En Roma.—4. Fijacion histórico-legal de la dote en Roma.—5. Entre los germanos.—6. En la España goda.—7. La reconquista, Fueros, Partidas.—8. Leyes de Toro.—9. Division del tratado de dotes.—DERECHO COMUN. 10. Definicion de la dote.—11. Sus clases.—12. Por su *origen*; es profecticia, adventicia y mixta.—13. Por su *causa*.—14. Dote necesaria y voluntaria.—15. Por su *forma*.—16. Estimada.—17. Inestimada. Cuestiones.—18. Entregada, prometida y confesada.—19. Modificaciones introducidas por la Ley hipotecaria.—20. Bienes en que puede constituirse.—DERECHO FORAL. 21. ARAGON.—22. NAVARRA.

1. Deciamos en la leccion precedente que los bienes aportados por la mujer al matrimonio podian tener diverso orígen y diversos caractéres; que no se comunican ó confunden por más que su administracion corresponda al marido y sus productos pertenezcan á la sociedad con cuya constitucion están ligados, ya porque ayuden á sostener las cargas de ella, ó porque el dominio pertenezca á la mujer, aunque sus productos sean comunes, ó porque sean bienes dados por el marido á la mujer; así, pues, podrémos dividir los bienes que por razon de la mujer ingresan en la familia:

1.º *En bienes dotales.*

2.º *Bienes parafernales.*

3.º *Donaciones esponsalicias.*

4.º *Arras.*

Por razon del marido ingresan en la sociedad conyugal las *donaciones propter nuptias.*

De todas estas clases de bienes nos ocuparémos con separacion, comenzando por las *dotes*, que es la más importante.

2. 1.º DOTE. Conocida en todos tiempos, ha sufrido variaciones profundas segun las épocas y los pueblos; no estamos llamados á seguir esta institucion en todo su proceso histórico; así es que sólo nos ocuparémos ligeramente de ella en Roma, porque aceptada por el Código Alfonsino, puede decirse que es hoy aún la base de nuestro sistema dotal, que, sin embargo, ha pasado por muchas vicisitudes.

3. *Roma*, si se tiene en cuenta que las formas primitivas del matrimonio fueron la *coemptio* para los plebeyos, y la *confareactio* para los patricios, que por ambas la mujer entraba *in manu mariti*, y que estaba, por lo tanto, *loco filiæ*, se comprenderá que todos los bienes que á ella pertenecian, sin excepcion alguna, pasaban á ser propiedad exclusiva del marido, y que la dote era imposible, con tanta más razon, cuanto que si la mujer no entraba *in manu mariti*, aunque se casase, continuaba siendo la dueña absoluta de sus bienes. Más adelante, y en este caso, la mujer solia entregar al marido todos ó alguna parte de sus bienes, de los que éste gozaba, pero que debia devolver si el matrimonio se disolvia. Estos compromisos parece que tuvieron orígen en 522 de Roma, época del divorcio de Carvilio Ruga, de cuya época datan las leyes que regulan la condicion de la mujer y de sus dotes (1).

Más adelante, considerándose la dote como un medio de facilitar los matrimonios y de evitar los divorcios, se llegó á obligar á los padres á dotar á sus hijas, y á los maridos á devolver las dotes recibidas si se disolvia el matrimonio (2).

La condicion de la dote durante el matrimonio variaba segun que la dote era estimada ó inestimada, pues en la primera el marido se hacía señor absoluto de las cosas dotales, sin otra obligacion que devolver su valor; miéntras que en la inestimada, si bien se hacía tambien propietario *ex jure quiritium*, la mujer podia reclamar las cosas en que se habia constituido, á la disolucion del matrimonio.

---

(1) Aulo Gelio, *Noches áticas*, lib. IV, cap. III.

(2) F. 2. *De jure dotium*, D. 23, 3.—F. 19. *De ritu nup.*, D. 23, 2.—F. Vaticana, § 110.—Paul. Sent., lib. II, tít. XXI.

Correspondíale la administracion de la dote, si bien los derechos señoriales sobre ella variaron, pues miéntras que en los primeros tiempos la enajenacion del mueble y del inmueble dotal era permitida, despues la *lex Julia de adulteriis et de fundo dotalis* prohibió la enajenacion sin consentimiento de la mujer, y más tarde Justiniano, ni áun con ese consentimiento la permitia (1).

4. Lo dicho basta para poder fijar el carácter de la dote romana. Constituida con los bienes de la mujer, era para aquel pueblo, que la consideraba como *cosa* respecto al hombre, un medio de proteger los matrimonios con el incentivo del interes; introducida tal vez por la costumbre con ese objeto y en favor del *pater-familias*, no está garantida en los primeros tiempos, y sólo cuando la inmoralidad y los abusos por una parte, y por otra la mayor consideracion de que la mujer comienza á gozar, hacen que la ley se fije, es cuando se comienzan á garantizar sus derechos, llevándose hasta tal extremo esa garantía, que la propiedad que sobre la dote se concede al marido queda reducida á un derecho ilusorio, en perjuicio muchas veces de la mujer misma y de la familia.

5. La civilizacion romana hace plaza á una nueva civilizacion, y los *germanos*, al par que reconocen nuevas bases para asentar la familia, cambian tambien por completo, como era lógico y necesario, el sistema dotal.

Entre ellos la mujer no era la esclava, era la compañera del hombre, tenía su valor y se la hacía entrar en la nueva familia, comprándola al padre, que era el que recibia la dote del marido en los tiempos primitivos; despues la entrega se hace á la mujer misma, no á su padre; pero siempre por el marido y siempre como un medio de ayudar á las cargas del matrimonio.

6. Establecidos los visigodos en España, y por más que, como hemos dicho ántes, dejasen sus leyes á los vencidos y predominase la legislacion de castas, al lado de la dote romana se sigue desarrollando el sistema dotal germánico, y cuando llega el momento de que el LIBRO DE LOS JUECES venga á uniformar la legislacion, el sistema que en él se sigue es el germánico, y no el romano.

---

(1) FF. 14, 52, § 3.º: 75, 11, 10, §§ 2 y 3, *De jure dotium*.—D. 23, 3.—Lib. I, *Cod. De jure dotium*, § 12, Inst.—Lib. II, tít. VIII.

7. Ni los *Fueros municipales* ni el *Fuero Real* se separan del *Fuero Juzgo*, lo cual prueba que la forma goda de la dote habia sido generalmente aceptada, como más conforme con las ideas y tendencias de la nueva nacionalidad española, y sólo cuando don Alfonso el Sabio en las *Partidas* hizo renacer entre nosotros la legislacion de la antigua Roma es cuando vemos aparecer de nuevo el sistema dotal de ésta, si bien, como acabamos de decir, estaba éste tan poco en armonía con la manera de ser del pueblo español, que el mismo Rey en las *Leyes del Estilo*, haciendo á la mujer responsable con su dote de todas las cargas, obligaciones y deudas que el marido hubiere contraido durante el matrimonio, cambia por completo el carácter constitutivo de la dote romana, aceptado en las *Partidas*.

8. De la contradiccion que entre lo dispuesto en nuestras antiguas leyes y en las de *Partidas* existia, surgió necesariamente una anarquía, que cortaron las *Leyes de Toro*, aceptando los principios romanos en lo concerniente á la dote, pero creando al propio tiempo la sociedad conyugal y la institucion de los *gananciales*, de que sólo hizo una ligera indicacion el *Fuero Juzgo*.

9. Sentados estos preliminares, ocupémonos ahora de la *dote*, tal y como se conoce en la actualidad, para lo cual dividirémos la materia en la forma siguiente :

1.° Definicion de la DOTE.
2.° Sus diferentes clases.
3.° Bienes en que puede constituirse.
4.° Manera de constituirla.
5.° Limitacion á las dotes.
6.° Dominio y administracion ó derechos de los cónyuges en la dote.
7.° Restitucion de la *dote*.
8.° Legislacion hipotecaria.

## DERECHO COMUN.

10. 1.° DEFINICION DE LA DOTE. *Dote es una porcion de bienes que la mujer lleva al marido para ayudar á sostener las cargas del matrimonio* (1). *Dos*, decian los romanos, *est quod mulier marito affert ad onera matrimonii ferenda*.

(1) Ley 1.ª, tít. II, Partida IV.

Basta comparar la definicion romana con la de las *Partidas* para comprender que siendo iguales definen un mismo sistema, y por lo tanto, como dijimos ántes, que las *Partidas* copiaron el sistema romano; pero tan estaba éste en contradiccion con nuestras costumbres, que no sólo se rechazó entónces, sino que jamas se le ha dado la extension que tuvo en Roma ese derecho; así es que entre nosotros no pueden aplicarse á las deudas contraidas sólo por el marido, ni los bienes dotales ni sus productos (1).

11. 2.° DIFERENTES CLASES DE DOTE. Para clasificar las dotes es necesario atender á su *orígen*, á su *causa* y á su *forma*.

*Por razon de su orígen*: son las dotes *adventicias*, *profecticias* ó *mixtas*.

*Por su causa: necesarias* ó *voluntarias*.

*Por su forma*, en fin, *estimada*, *inestimada*, *entregada*, *prometida* y *confesada*.

12. *Por su orígen*. La dote puede constituirse con bienes del padre, del abuelo paterno ó de otros que los han dado en contemplacion de éstos, y entónces la *dote* se llama *profecticia*, que se trae á colacion, como verémos luégo, en los bienes del padre ó del ascendiente paterno que la constituyó.

Puede constituirse con bienes de la madre, de los abuelos maternos, de extraños ó propios de la hija y adquiridos independientemente del padre, y se llama *adventicia*, que á su vez se colacionará en los bienes de la madre ó de los ascendientes maternos.

Finalmente, si se constituye con bienes de la sociedad conyugal, se llamará *mixta* (2).

13. *Por su causa*. Si la dote se constituye por persona á quien la ley impone esa obligacion, se llamará *dote necesaria*; si por otra cualquier persona, *voluntaria*.

14. *Dote necesaria* será: 1.° La que el padre está obligado á dar á la hija legítima, de los bienes de la sociedad conyugal ó de los suyos propios (3).

Cuestionan los autores si se extiende á los abuelos; la ley de *Partida* la extendia, si la nieta estaba en su poder, de donde de-

---

(1) Sentencia del T. S. de Justicia de 27 de Setiembre de 1859 y 23 de Abril de 1866.

(2) Ley 2, tít. XI, Partida IV; y ley 30, tít. IX, Partida IV.

(3) Ley 8.ª, tít. XI, Partida IV.

ducen algunos que no teniendo éstos patria potestad sobre la nieta, ha cesado hoy la obligacion.

Opinan unos que la obligacion se extiende á la hija emancipada (1), otros creen que el tenor literal de la ley de *Partida* la excluye.

Tambien se cuestiona sobre si la obligacion se extiende á la hija rica : parece que la ley de *Partida* no la excluye (2).

Los que creen que la *dote* se equipara á los alimentos, dicen que el padre debe dotar á la hija natural, y la madre á la hija si el padre es pobre ó desconocido (3); los que hacen nacer la obligacion de la patria potestad lo niegan (4).

2.° La que debe constituir el curador con los bienes de la menor.

3.° El que está obligado á consecuencia de un testamento ó de un contrato.

4.° Los poseedores de mayorazgos al publicarse la ley de 11 de Octubre de 1820, que no invirtieran en alimentos para sus madres viudas, hermanos ó sucesor inmediato la sexta parte de la renta líquida del mayorazgo, debian de ella dotar á sus hermanas (5).

5.° *La madre* sectaria de una falsa religion á su hija católica (6). Hoy, en nuestro concepto, no puede aplicarse esta doctrina, porque la obligacion á que se refiere era una pena impuesta á la madre, pena que no puede existir cuando está sancionada la libertad de conciencia.

De la *voluntaria* nada tenemos que decir.

15. *Por su forma* será :

16. *Dote estimada :* la en que *apreciándose los bienes* y *haciéndose cargo de ellos el marido como verdadero señor, se obliga á devolver en su caso la cantidad fijada ;* si la valuacion no fuere exacta, el agraviado puede pedir en cualquier tiempo que se reforme.

17. *Dote inestimada :* es la *que se entrega al marido para que*

---

(1) Gregorio Lopez, Covarrubias.
(2) Ley 8.ª, tít. XI, Partida IV.
(3) Gregorio Lopez.
(4) Ley 9.ª, tít. XI, Partida IV.
(5) Ley de 20 de Octubre de 1820, art. 10.
(6) Ley 9.ª, tít. XI, Partida IV.





*se aproveche de sus productos y devuelva en su caso las mismas cosas que recibió.*

Suelen apreciarse á las veces las cosas en que se constituye la dote y la dote misma, no para que el marido sea señor de las cosas y devuelva su valor, pues en este caso la dote sería *estimada*, sino para si las cosas se pierden por su culpa, saber cuánto ha de restituir.

Dicen los autores que hay una estimacion *que causa venta* y otra que *no la causa*, en cuyo caso la *dote* sigue la condicion de inestimada.

Si se aprecia la dote para establecer una obligacion alternativa de devolver las cosas ó su estimacion, la facultad de elegir corresponde al que se la reservó, y si no, al marido.

Cuando consiste la dote inestimada en bienes muebles, se aprecian tambien para saber la cantidad que debe asegurarse con hipoteca (1).

18. «Dote *entregada* es la que real y efectivamente ha sido dada al marido.

»Dote *prometida*, la que se ha prometido entregar en documento público y fehaciente.

»Dote *confesada*, la que el marido confiesa haber recibido, sin que de su entrega haya más prueba que esa confesion, que puede hacerse por testamento ó por acto entre vivos» (2).

Como la ley no podia consentir que los intereses de un tercero quedasen al arbitrio de quien podia confesar una dote no recibida y que no habia jamas existido, confesada tal vez con el solo objeto de defraudar derechos legítimos, sólo dió á la dote confesada por testamento el valor de un legado que no puede perjudicar ni á los acreedores en sus créditos, ni á los herederos forzosos en sus legítimas (3).

En la confesada por acto entre vivos, muchos intérpretes, fundados en leyes romanas (4) y en la analogía de alguna española, creen que el marido puede oponer dentro del año de la di-

---

(1) Leyes 16, 18 y 19, tít. XI, Partida IV.—Ley 2.ª, tít. I, lib. X, *Novísima Recop.*—*Ley hipotecaria*, art. 177.

(2) Ley 19, tít. IX, Partida VI.

(3) Ley 13, tít. IX, Partida VI.

(4) Gregorio Lopez, Antonio Gomez.—Ley 3.ª, tít. XV, lib. V, *Cod. Repet. Prælecc.*—Ley 9.ª, tít. I, Partida V.

solucion del matrimonio la excepcion de *non numeratæ dotis*, si la disolucion tuvo lugar dentro de los dos años de celebrado, ó de tres meses pasados los dos años, y que no tenía lugar trascurridos diez.

La prueba tocaba al demandante, no al marido que excepcionaba.

19. La Ley hipotecaria ha fijado la cuestion disponiendo: «Que la dote confesada por el marido, cuya entrega no constáre, ó constáre sólo por documento privado, no surtirá más efecto que el de las obligaciones personales»; si bien no queriendo perjudicar á la mujer que realmente llevó dote y cuya entrega no consta, dispone: «Que la mujer que tenga dote confesada por el marido ántes del matrimonio ó dentro del primer año, podrá pedir que se la asegure con hipoteca, siempre que haga constar judicialmente la existencia de los bienes dotales ú otros equivalentes en el momento de la reclamacion» (1).

20. 3.° BIENES EN QUE PUEDE CONSTITUIRSE LA DOTE. La dote puede constituirse con toda clase de bienes; inmuebles, muebles, semovientes, fungibles, no fungibles, presentes, futuros, créditos, áun con el que la mujer tenga contra el marido, acciones, papel-moneda; en fin, con todo cuanto tenga algun valor y pueda prestar utilidad al matrimonio (2).

21. Esto por lo que respecta á la clase de cosas que puedan ser objeto de una dote; pero no basta con señalarlas, es necesario saber de dónde se han de tomar esas cosas. Cuando la constitucion de la dote es clara y terminante, cuando se ha hecho sobre bienes ó por persona determinada, cuando la clase de dote está bien definida, no puede haber cuestion; mas como puede surgir en muchos casos, convendrá tener presente que se constituirá sólo con los bienes del padre, cuando al dar la dote no especifique que lo hace con los bienes de su mujer ó con los adventicios de la hija; si hiciere por sí solo la promesa, se entenderá que dota con los gananciales, y si no alcanzasen éstos, con sus bienes, pero no con los de la mujer (3).

22. La mujer podrá constituir en dote á su voluntad todos sus bienes presentes y futuros, ó sólo los presentes en su totalidad

(1) *Ley hipotecaria*, artículos 170 y 171.
(2) Leyes 14, 15, 21, tít. XI, Partida IV.
(3) Ley 5.ª, § 12, D. *De jure dot.*—Ley 4.ª, tít. III, lib. X, *Nov. Recop.*

ó en la parte que le convenga. Puede tambien constituirse dote con el crédito que la mujer tenga contra su marido, ó con la deuda de un extraño constituida á su favor, siempre que mande al deudor la entregue bajo este concepto al marido, y aquél consienta en hacerlo. No podrá el padre dotar á sus hijos con los bienes de la madre, si ésta no consintiere (1).

23. Si la dote se constituye por el pádre y la madre juntos, se pagará de los gananciales, y si no bastan, de los bienes de ambos.

DERECHO FORAL.

24. ARAGON. No tiene el padre obligacion de dotar á las hijas, puesto que tiene la libre disposicion de sus bienes ; si bien tanto el padre, como la madre á falta de éste, pueden hacerlo voluntariamente, en tanto cuanto dieron á los otros hijos , y áun pueden darla de los bienes del cónyuge difunto que estén sin dividir (2).

25. NAVARRA. No hay en la materia disposicion expresa; pero al declarar las leyes recopiladas que no tienen los padres obligacion de dotar á la hija que contrajera matrimonio clandestino, y al decir en otro lugar que á falta de bienes libres se dote á las hijas con los vinculados, parece que reconocen la obligacion (3). Ademas, como el Derecho navarro se suple con el romano, puede decirse que las disposiciones de éste regirán á falta de disposiciones de aquél.

---

(1) Leyes 9.ª y 14, tít. XI, Partida IV.—Ley 28, *Cód. De jure dot.*, tít. XII, libro V.—Ley 13, tít. XI, Partida IV.—Ley 15, tít. XI, Partida IV.

(2) *Obs.*, 50, 15, 17. *De jure dot.*

(3) Ley 2.ª, tít. IX, lib. III; Ley 9.ª, lib. VIII, Ley 3.ª, tít. II, lib. III, *Recop. de Navarra.*

# LECCION XIV.

**Instituciones del Derecho civil español.—Personas. Matrimonio civil.—Continuacion.**

**SUMARIO.**

DE LAS DOTES. Continuacion.— DERECHO COMUN. 1. Manera de constituirse la dote.—2 al 7. Pactos que se le pueden agregar.—8. Limitacion de las dotes. —9 al 19. Dominio, administracion y derechos de los cónyuges.—20. De la enajenacion de la dote durante el matrimonio.—21 al 23. Privilegios concedidos á la mujer por su dote. Efectos de la hipoteca legal.—24. Legislacion hipotecaria novísima con respecto á las dotes.—25. Su base, la publicidad.—26. Nueva acepcion de la hipoteca legal. Derecho de la mujer casada á que el marido hipoteque.—27 al 29. Nuevas garantías á la mujer.—30. Tendencia de la ley hipotecaria.—31. Restitucion de la dote durante el matrimonio, á la disolucion de éste.— DERECHO FORAL.—32. ARAGON.—33. NAVARRA.—34. CATALUÑA.

DERECHO COMUN.

1. 4.° MANERA DE CONSTITUIRSE LA DOTE. Puede constituirse, prometerse ó aumentarse por cualquiera de los medios y con todas las modalidades comunes á los contratos; si la mujer no está sometida á la patria potestad y tiene bienes, podrá constituir la dote por sí, debiendo advertir que si es menor de edad necesitará la autorizacion de su curador, que deberá prestarla siempre que sea proporcionada á la fortuna de los esposos: en todo caso la menor podrá pedir la reduccion de la dote, siempre que la crea excesiva, si bien el marido podrá no admitir la reduccion pedida si la dote fuera estimada, y dejar la cosa dotal como inestimada: de la misma manera podrá rechazar el aumento de valor en la cosa (1).

2. Como hemos dicho, en la constitucion de la dote pueden

(1) Leyes 9.ª, 14 y 16, tít. XI, Partida IV.

ponerse todos los pactos y condiciones que se usan en los contratos, con las condiciones generales de éstos y con las especiales nacidas de la índole de la dote misma. Así, pues, no valdrá el pacto en que se diga que la dote se constituye para despues del fallecimiento de la mujer, porque entónces no tiene objeto, ni las de que no pueda pedirse la restitucion de las cosas donadas ó hurtadas por algunos de los cónyuges: que disuelto el matrimonio se obligue el marido á devolver, junto con la dote, los frutos producidos y percibidos durante el matrimonio, ó á retardar más de lo que corresponda la devolucion de la dote, segun su clase. Ni la constitucion dotal anterior al matrimonio tiene efecto hasta que éste se realiza, ni el plazo para entregar la dote prometida comienza á correr hasta que se celebra el matrimonio (1).

3. Toda promesa de dote lleva implícita la condicion de que se celebre el matrimonio; por eso los frutos de la dote percibidos ántes ceden en aumento de la dote misma, á no ser que haya mediado pacto en contrario (2).

4. El *error* en la causa constitutiva de la dote no la vicia, porque la causa real y efectiva que da orígen á la dote es el matrimonio, y ésta existe siempre.

5. En el caso en que las cosas dotales se pierdan por un vicio inherente á ellas mismas, serán responsables de eviccion y saneamiento aquellos que constituyeron la dote; pero hay que distinguir entre la dote *estimada* y la *inestimada:* en aquélla la obligacion existe siempre; en ésta, sólo en el caso de que el que constituyera la dote lo prometiera así expresamente ó hubiera precedido de mala fe, dando como suyo lo que sabía que era de otro, y la razon se comprende fácilmente; en la dote *estimada* el marido ó sus herederos tienen que devolver, como verémos despues, las cosas recibidas ó su valor, si éstas no existen por cualquiera causa, y en la *inestimada* tienen que devolver siempre la cosa objeto de la dote, á no ser que se haya perdido sin culpa y por causas ajenas á la voluntad del marido (3).

6. Si la dote hubiera sido constituida por la mujer, y ésta tu-

---

(1) Ley 11, tít. XI, Partida IV.

(2) Leyes 10 á la 15, 18, 21, 28 y 30, tít. XI, Partida IV. — Sent. del T. S. de Justicia de 15 Febrero de 1866.

(3) Ley 35, tít. XIV, Partida V; Ley 22, tít. XI, Partida IV.

viera ademas bienes parafernales, éstos serán, en su caso, responsables á la eviccion.

7. Los aumentos y disminuciones ó pérdidas que sufrieran las cosas dotales ántes de la celebracion del matrimonio, ceden en beneficio ó en daño de la mujer, que es la sola y exclusiva propietaria de estos bienes, miéntras el matrimonio no se ha celebrado. En este caso no se distingue si la dote es estimada ó inestimada, porque tampoco existe razon para distinguir.

8. 5.° Limitacion de las dotes. Por una parte los abusos introducidos por el orgullo y la vanidad, y por otra tal vez los que hizo surgir el deseo de dar buena colocacion á las hijas, áun en perjuicio de los hijos varones, dieron lugar á leyes suntuarias, que hoy están en desuso, y por las cuales se señalaba la cantidad y las cosas que podian darse en dote, ya la constituyera el esposo, ya los padres de la mujer.

El *Fuero Juzgo* tasa la dote dada por el marido en la décima parte de sus bienes, y si la constituia el padre del novio y era de clase elevada, podia dar, ademas de la décima dicha, cierta cantidad en esclavos y caballos, y hasta mil sueldos en joyas y preseas (1).

Los Fueros municipales, unos dejaron ámplia libertad para dotar, otros fijaron una cantidad.

Las leyes posteriores fijaron una cantidad determinada (2).

Hoy puede considerarse como una verdadera limitacion la que prohibe mejorar por via de dote en tercio y quinto (3).

9. 6.° Dominio, administracion y derechos de los cónyuges en la dote. Las leyes españolas reconocen al marido como verdadero dueño de la dote, sea estimada ó inestimada; sin embargo, debe hacerse diferencia entre ambas.

10. Que en la *estimada* se hace señor absoluto no cabe duda: él puede enajenar y disponer libremente de cuanto constituya esta dote, sin más obligacion que devolver á su tiempo su valor; pero no puede decirse lo mismo de la *inestimada*, toda vez que en ella, debiendo devolver las cosas que la constituyen, más bien que verdadero dueño puede considerarse como un usufructuario (4).

---

(1) Ley 6.ª, tít. I, lib. III, *Fuero Juzgo*.
(2) Ley 6.ª, tít. III, lib. X, *Novísima Recopilacion*.
(3) Idem.
(4) Ley 7.ª, tít. XI, Partida IV.

11. Diferéncianse tambien las dotes *estimadas* é *inestimadas* en que en la primera los aumentos, desperfectos y pérdidas de las cosas dotales corresponden al marido, y en la segunda á la mujer, á no ser que de parte de aquél haya habido culpa ó falta de diligencia.

12. Sentados estos preliminares relativos á la manera de ser de las dotes durante el matrimonio, veamos de qué manera el marido usa de sus derechos y cumple con sus obligaciones. Claro es que siendo la dote un medio para sostener las cargas del matrimonio, habiéndose éste verificado quizás en contemplacion á la dote misma, el marido tiene el Derecho á exigir la entrega, y los que la constituyeron no pueden retardarla, ni áun con la oferta de abonar intereses que deberán pagar, sin embargo, caso de que la entrega se demore. El Tribunal Supremo en várias sentencias ha fijado cuáles son los efectos de la entrega de la dote segun la forma y manera como se haya verificado (1).

13. Claro es que adquiriendo el marido, como hemos dicho, el dominio en las cosas dotales, debe reivindicar la dote de todo el que la detente y defenderla en juicio, caso de que se le ataque, estando exento de responsabilidad si es vencido, siempre que haya empleado en la defensa todos los medios de Derecho.

14. Perdida la dote por la causa dicha en el párrafo anterior, no podrá reclamar la constitucion de nueva dote si por parte del que la hizo hubo buena fe; pero si la constitucion se hizo con dolo, si la dote se apreció, ó si el que la dió se obligó á responder de eviccion y saneamiento, claro es que tiene Derecho á reclamar. Como en su dia puede estar obligado á la restitucion, hasta ese momento tiene el derecho de reclamar de agravio ó lesion si en efecto se sintiere agraviado, si bien igual Derecho se concede al que dió la dote (2).

15. La dote que se constituyó en dinero claro es que en dinero ha de devolverse, y, por lo tanto, el marido tiene Derecho á usar de ella como le parezca, sin que se entienda que las cosas compradas con el numerario dotal sean dotales (3).

16. Dada la dote para sostener las cargas del matrimonio, cla-

---

(1) S. del T. S. de Justicia de 28 de Marzo de 1862, 27 Junio y 16 Setiembre 1864, 22 Febrero y 22 Marzo 1869, 9 Julio 1874 y 18 Marzo 1876.

(2) Leyes 22 y 16, tít. XI, Partida IV.

(3) Ley 21, tít. XI, Partida IV.

ro es que todos los réditos, frutos y utilidades que produzca se percibirán por el marido con el indicado objeto, si bien no estarán afectos á las deudas y obligaciones personales del marido (1).

17. Entiéndase en la dote inestimada que los productos extraordinarios de la misma no entrarán en poder del marido, sino que se considerarán como aumento de la dote, que así como su disminucion durante el matrimonio, corren de cuenta de la mujer (2).

18. Consecuencia de lo expuesto es que el marido administra la dote y debe hacerlo con el cuidado y diligencia que usaria para sus propios bienes, siendo por lo tanto responsable, así de los daños causados por falta de este cuidado y diligencia, como por los que se originen por no haber exigido á tiempo la entrega de la dote, excepto el caso en que los obligados á darla fuesen la mujer, el padre, ó un extraño que la hubiese constituido por pura liberalidad (3).

19. Si la dote consiste en ganados, el marido está obligado á reponer las cabezas que falten con las que nazcan, siendo *inestimada* (4). Si el marido malgasta ó destruye la dote y viene á pobreza por su culpa sin haber constituido hipoteca (5), la mujer puede pedir judicialmente que se le entregue la dote, se afiance su restitucion, ó se deposite en persona que entregue sus productos al matrimonio.

20. Consecuencia de pasar el dominio de la dote al marido era, como debe comprenderse, el que sobre los bienes que la constituian ostentase todos los derechos señoriales, y como el más importante, el de poder enajenar las cosas en que la dote consistia durante el matrimonio; esto, sin embargo, no era así; en primer lugar habia que distinguir entre la estimada y la inestimada, pues si bien en aquélla procede la enajenacion, toda vez que el marido sólo está obligado á devolver en su caso el valor de la cosa dotal, en la inestimada, teniendo que ser objeto de la entrega la cosa misma, es claro que no puede enajenarse. Tales parece de-

---

(1) Ley 25, tít. XI, Partida IV, y S. del T. S. de Justicia de 27 Setiembre de 1859.
(2) Leyes 23, 19 y 21, tít. XI, Partida IV.
(3) Leyes 7.ª y 13, tít. XI, Partida IV.
(4) Leyes 18 y 21, tít. XI, Partida IV.
(5) Ley 19, tít. XI, Partida IV.

bian ser las consecuencias lógicas y necesarias de la doctrina legal que sobre las dotes se habia sentado por nuestras antiguas leyes, casi de perfecto acuerdo con las romanas, pero no se crea que nuestro sistema dotal era claro y preciso; al examinarlo prácticamente nos convencerémos de lo contrario.

En la práctica el marido podia enajenar los bienes dotales inestimados si no llegaban á la mitad de la dote, intervenia la mujer, y la afirmaba con juramento; pero esto era ilusorio, pues se concedía á la mujer el Derecho de repetir contra los bienes del marido, y si no bastaban, contra los vendidos ó su importe, á eleccion del comprador, excepto en los casos de haber hecho ella misma la enajenacion con licencia del marido, ó no tener éste bienes con que reintegrarla al hacerse la venta. Debe tenerse presente que sólo podian pedir la nulidad de la venta la mujer ó sus herederos y habientes Derecho (1).

21. Como se ve, nuestra legislacion respecto á las *dotes*, no sólo era oscura y contradictoria, sino muy ocasionada á fraudes y á abusos lamentables, toda vez que el afan de proteger á la mujer y sus bienes dotales de todas maneras y á toda costa, dando lugar á hipotecas tácitas y ocultas llamadas legales, hipotecas que producian su efecto contra cualquier poseedor, daban orígen á que los contratos hechos sobre las cosas dotales fueran inseguros, y los que sobre ellas contrataban estuvieran expuestos á sufrir pérdidas considerables. Esto se traducia en perjuicios para la misma mujer y para la familia, porque no sólo era difícil contratar sobre esas cosas, sino que la misma inseguridad daba orígen á que los contratos se hiciesen en malas condiciones, porque las ganancias habian naturalmente de ser proporcionadas á los peligros que podian correrse si se probaba legalmente la entrega de la dote (2).

22. Tal era la legislacion que en el afan de copiar las leyes romanas vino despues de la publicacion del código de las Partidas á cambiar por su base y esencialmente el sistema dotal del pueblo godo, que, merced á la promulgacion del *Fuero Juzgo*, puede decirse constituia nuestra legislacion indígena y verdaderamente española.

---

(1) S. del T. S. de Justicia de 5 Marzo de 1864.

(2) Idem id. de 28 Marzo, 6 Noviembre 1862, 27 Junio 1864, 20 Junio 1865, 19 Abril 1866 y 22 Febrero 1869.

23. Como fácilmente se comprende, á proporcion que la propiedad se movilizaba, tenian que sentirse los perjudiciales resultados de una legislacion que la sujetaba con durísimas ligaduras, y lo que es más aún, que ocultaba éstas cuidadosamente de modo que nunca podia haber seguridad de su existencia. El clamor era general, y quizás no eran los que ménos, y con ménos razon se quejaban, los mismos privilegiados; estas quejas y las necesidades que los tiempos habian hecho surgir trajeron natural y necesariamente la reforma. La ley hipotecaria, que tendió á dar á la propiedad sólidas bases y hacer públicas todas sus cargas y modificaciones, cuanto esto era posible, dictó nuevas reglas referentes al régimen dotal, que lo han mejorado notablemente, y van á ser objeto de los números siguientes.

24. 7.° LEGISLACION HIPOTECARIA. Como hemos indicado, las dotes y bienes propios de la mujer, administrados por el marido y bajo su dominio, estaban garantizados con hipoteca legal. Ésta era la que, no naciendo de un *contrato* ó *última voluntad* expresos, existia por ministerio solo de la ley, era tácita, y se sobreentendia sin acto alguno ostensible de parte de las personas interesadas, quedando constituida de hecho y de Derecho desde que se verificaba el acto originario, permaneciendo, por lo tanto, oculta hasta que aparecia por causas especiales, y siempre causando perjuicios irreparables.

25. La Ley hipotecaria, que reconoce como una de sus bases más importantes la publicidad, no podia seguir tolerando esas hipotecas ocultas y misteriosas; así que introduce profundas modificaciones en la manera de ser de las *hipotecas legales*, que alejan todo peligro de fraude ó de mala fe.

26. Ya la *hipoteca legal*, cuyo nombre se conserva, no es la hipoteca tácita y oculta que nacia *ipso facto* sin un acto ostensible de la voluntad de nadie; ahora es un Derecho y una obligacion, por cuya virtud pedimos y obtenemos una hipoteca especial sobre bienes raíces y derechos reales hipotecables, de que puede disponer el hipotecante, á quien no es permitido rehusar esta obligacion legal.

Por lo tanto, hoy la hipoteca legal se constituye á peticion de aquel á cuyo favor está introducida, sobre bienes hipotecables del obligado á prestarla aunque haya cesado la causa, siempre que estén pendientes las obligaciones que debiera haber asegu-

rado; así que no existen miéntras no se inscribe el título en cuya virtud se constituyen.

La ley señala como hipotecas legales, respecto á la materia que nos ocupa, las mismas reconocidas por nuestras leyes antiguas, previene que puedan ampliarse en todo tiempo, y señala taxativamente cuáles sean las que existen.

Constitúyese en favor de la mujer casada, sobre bienes de su marido, por los que éste hubiere recibido de aquélla; ocupándonos ahora de la dote, por las que le hayan sido entregadas solemnemente bajo fe de notario, y por las confesadas por el marido ántes de la celebracion del matrimonio, ó dentro del año de celebrado, si la mujer al pedirla prueba judicialmente la existencia de los bienes dotales ó sus equivalentes (1).

Teniendo en cuenta seguramente la ley que la razon principal de existencia de las hipotecas legales antiguas era el proteger á aquellas personas que por su falta de edad ó de condiciones no pedirian la hipoteca voluntaria, ha dictado ciertas reglas, que son una garantía para esas mismas personas, dando el Derecho é imponiendo la obligacion á ciertos funcionarios de hacer inscribir los instrumentos objeto de una hipoteca legal. El Reglamento para la aplicacion de la ley es más explícito.

Si la persona á cuyo favor existe el Derecho de hipoteca legal fuere mujer casada, el notario que otorgue el instrumento de donde ese Derecho surge dará conocimiento al registrador por medio de oficio en que conste la reseña de la obligacion contraida, y los nombres y circunstancias de los otorgantes (2).

Hemos visto quiénes tienen obligacion de hacer inscribir las *dotes;* veamos ahora quiénes tienen ese Derecho: sólo puede exigir la inscripcion y constitucion de la hipoteca legal la mujer casada mayor de edad, porque la ley, suponiéndola conocedora de su Derecho, y muy bastante para defenderlo, no quiere que nadie se entrometa en cuestiones de familia. Si la mujer es menor, deberán ejercitar ese Derecho, y calificar la suficiencia de la hipoteca, el padre, la madre, ó el que diere la dote ó bienes que deban asegurarse.

---

(1) *Ley hipotecaria*, artículos 158 al 171.

(2) *Reglamento para la aplicacion de la Ley hipotecaria*, artículos 116, 117, 118 y 119.

En defecto de éstos, el curador si le hubiere, ó si existiendo la madre ó el que dió los bienes no hubieran cumplido con su deber dentro de los treinta dias de la entrega de la dote.

Si el curador no lo hiciere, el promotor fiscal denunciará el hecho al juez que le discernió el cargo. Cuando llegue á noticia del promotor fiscal que se han entregado bienes al marido de alguna mujer huérfana y menor, sin la hipoteca correspondiente habiendo bienes para ello, indagará si la mujer tenía curador, y lo pondrá en conocimiento del juez. No existiendo curador, el promotor, de oficio, ó á instancia de cualquiera persona, solicitará que el marido otorgue la hipoteca; los jueces municipales están obligados á excitar el celo de los promotores fiscales (1).

27. Ademas, la mujer casada tendrá Derecho á que el marido hipoteque ó inscriba los bienes inmuebles ó derechos reales que reciba como dote estimada, ó la obligacion de devolver su importe; la inscripcion se hará á nombre del marido como cualquier otra inscripcion de dominio, inscribiéndose igualmente la hipoteca legal que sobre ellos se constituya, con expresion de la cuantía de la dote de que dichos bienes hagan parte, cantidad en que han sido estimados, y la hipoteca legal que sobre ellos quede constituida.

Sin que pueda el marido ejercer actos de dominio ni administracion miéntras la inscripcion no se haga (2).

El registrador que inscriba bienes de dote estimada á favor del marido, inscribirá de oficio la hipotecaria á favor de la mujer, aunque la carta de dote no contenga estipulacion de dicha hipoteca, y si el título no fuera suficiente para hacer la segunda inscripcion, suspenderá ambas tomando de ellas anotacion preventiva.

La cantidad que deba asegurarse no excederá del importe de su estimacion (3).

Se inscribirán igualmente como de la propiedad de la mujer los dotales inestimados, si ya no lo estuvieren, pues en este caso se les pondrá nota marginal que exprese su nuevo carácter; pero el marido no está obligado á hipotecar bienes propios á la seguridad de los inmuebles de la dote inestimada (4).

---

(1) *Ley hipotecaria*, artículos 182, 183 y 184.—*Reglamento*, art. 131.
(2) *Ley hipotecaria*, artículos 169 y 172.—*Reglamento*, art. 122.
(3) *Ley hipotecaria*, artículos 174 y 176.—*Reglamento*, art. 123.
(4) *Idem*, artículos 169 y 176.—Real órden de 4 Mayo de 1866.

La dote inestimada que consista en bienes muebles ó semovientes se apreciará con el único objeto de fijar la cantidad que deba asegurar en el caso de que no existan al hacer la devolucion, pero sin que por eso pierda la dote el carácter de inestimada (1).

28. La ley, que ha tratado de garantizar los derechos de la mujer relativamente á sus bienes dotales, no se contenta con que se ofrezca una hipoteca; exige ademas que ésta sea buena y bastante, esta calificacion corresponde :

1.° Si la dote fuere dada por el padre, por la madre ó por ambos, ó con bienes propios de la hija, al padre, en su defecto á la madre, y por falta de ambos, al curador.

2.° Si fuere constituida por otra persona, á ésta, y sólo si no lo hiciese despues de requerida, corresponderá á los dichos en el número anterior.

3.° El que deba calificar la hipoteca podrá oponerse á su admision por insuficiencia ó por causas que afecten su validez; pero si el juez no encuentra la oposicion fundada, lo declarará así y admitirá la hipoteca (2).

29. Cuando el marido no tuviere bienes sobre que constituir la hipoteca, quedará obligado á hacerlo con los primeros inmuebles ó derechos reales que adquiera; pero miéntras la inscripcion no se haga, esta obligacion no podrá perjudicar á tercero (3).

En toda escritura dotal deberá mencionarse necesariamente la hipoteca que se haya constituido ó trate de constituirse, en instrumento separado, ó la circunstancia de no quedar asegurada por no tener el marido bienes para ello, declarándolo así bajo juramento y obligándose á hipotecar los primeros que adquiera (4).

Si la mujer es mayor de edad, dueña de los bienes dotales y tiene la libre administracion de ellos, podrá no exigir al marido aquella obligacion; pero el notario deberá advertirle su Derecho y hacerlo así constar en la escritura (5).

Cuando los bienes hipotecados á la seguridad de la dote sean

(1) *Ley hipotecaria*, art. 177.
(2) *Idem*, art. 185.
(3) *Idem*, art. 186.
(4) *Reglamento*, art. 121.
(5) *Idem*, art. 121.

propios del marido, podrá éste gravarlos, hipotecarlos y enajenarlos sin el consentimiento de la mujer, ni Derecho en ésta á exigir nuevas hipotecas, siempre que se haya dejado subsistente la legal que sobre ellos pesaba con la prelacion de fechas.

Pero cuando la hipoteca haya de extinguirse, subrogarse, reducirse ó posponerse, será indispensable el consentimiento de la mujer (1).

La mujer podrá ejercitar en cualquier tiempo el Derecho de exigir la subrogacion, y si no hubiere la mujer contraido matrimonio ó fuera menor, podrán ejercitarlo el padre, la madre, el que constituyó la dote ó el curador (2).

Si los bienes dotales consistentes en rentas ó pensiones perpétuas se enajenáran, se asegurará su devolucion constituyendo hipoteca por el valor de las mismas, capitalizadas al interes legal; si fueren temporales, en la cantidad que los cónyuges convengan ó el juez designe (3).

En toda escritura en que se enajenen ó graven bienes dotales ó afectos á hipoteca dotal, se hará mencion de haberse cumplido todas las circunstancias exigidas por la ley, y si por ser ambos cónyuges mayores de edad, bastase con su consentimiento, hará el notario la correspondiente advertencia á la mujer, y expresará haberlo verificado si el marido no subrogáre la hipoteca que desaparece, ó se obligáre á hacerlo con los primeros inmuebles que adquiera.

Si la mujer es menor, el juez no consentirá en la enajenacion ó gravámen sin que se haya constituido la hipoteca. Los notarios darán en estos casos cuenta á los registradores, y éstos á los Presidentes de las audiencias (4).

30. Como hemos visto, la ley hipotecaria, sin herir de frente nuestro sistema dotal ni la legislacion que le venía rigiendo, ha hecho modificaciones importantísimas en la materia, que no pueden ménos de ser consideradas como muy acordes con la ciencia, y altamente provechosas, no sólo á los interesados, sino á las terceras personas que con ellos contraten, pues al par que ha garantizado cumplidamente los derechos de la mujer y dado al marido

(1) *Ley hipotecaria*, art. 189.
(2) *Idem*, art. 190.
(3) *Idem*, artículos 191 y 192.
(4) *Reglamento*, artículos 132 y 133.—Real órden de 11 Julio 1865.

facilidades para la administracion y enajenacion de los bienes dotales, ha puesto perfectamente á cubierto los derechos de cualquier persona que con ellos contrate, que ya no tendrá que temer los resultados de aquellas hipotecas legales, tácitas y ocultas, tan expuestas al fraude y á la mala fe.

31. 8.° Restitucion de la dote. Constituida ésta para atender á las cargas del matrimonio, por punto general, sólo cuando cese la causa de su constitucion es cuando el marido ó sus herederos estarán obligados á restituirla á la mujer ó á los suyos; sin embargo, hay ocasiones en que la restitucion puede tener lugar constante el matrimonio; así, pues, deberémos ocuparnos:

1.° De la restitucion de la dote durante el matrimonio.

2.° De la restitucion de la dote por disolucion del matrimonio.

1.° *Restitucion durante el matrimonio.* Las causas que la motivan puede decirse que son taxativas; y no podia ser de otra manera, porque la devolucion de que se trata es contraria al carácter de la dote y á las causas de su constitucion, y tanto es así, que si no existe causa, ni áun consintiéndolo el marido podrá restituirse (1).

Son, segun la ley, justas causas de restitucion de la dote durante el matrimonio:

1.ª Para pagar á los acreedores de la mujer, toda vez que el privilegio dotal no se extiende á perjudicar á terceros acreedores (2).

2.ª Cuando se pida para emplearla en alimentos de la mujer, sus hijos, aunque sean de otro matrimonio, sus padres y hermanos, ó para rescatar á los mismos del poder de enemigos ó bandidos.

3.ª Si el marido viniese á pobreza y no pudiese garantizar la restitucion de la dote en su dia, si bien debe advertirse que la única persona que puede pedirlo es la mujer mayor de edad, ó el curador de la menor, ó el ministerio público en su caso (3). Claro es que para que la mujer, única persona que puede intentar estas devoluciones, tenga su Derecho expedito, es necesario ante

(1) Ley 29, tít. XI, Part. IV.

(2) Senten. del T. S. de Justicia de 28 Marzo y 6 Noviembre 1862.—27 Junio de 1864.—20 Junio de 1865.—19 Abril de 1866.—22 Febrero 1869.

(3) *Ley hipotec. refor.*, art. 187.

todo que legalmente haya dote, esto es, que se pruebe la entrega de la misma con las solemnidades marcadas por la ley y en el tiempo que la misma señala; dícese por algunos que para que la mujer pueda usar de ese Derecho basta la confesion del marido en cualquier tiempo de haber recibido la dote (1); esto necesita alguna explicacion : si sólo se trata de una cuestion entre marido y mujer, claro es que siendo el marido el obligado, su confesion es prueba bastante para dar á la mujer la seguriddad de que recibió la dote, y, por lo tanto, de que tiene el Derecho de pedirla; pero no sucede esto cuando la devolucion de la dote constante el matrimonio pueda afectar á terceras personas, porque entónces la confesion del marido nada vale ni significa. Otros creen que para que la mujer pueda instar constante el matrimonio la restitucion de la dote, se hace necesario que justifique su entrega en el término de diez dias (2), no siendo suficiente, por lo tanto, la confesion del marido refiriéndose á época anterior.

Si al constituirse la dote se hubieran establecido, respecto al punto que nos ocupa, pactos especiales, deberán ser cumplidos aunque se opongan á costumbres aceptadas; pero si estos pactos no existiesen y hubiera de acudirse á la costumbre, se deberá estar por la del lugar en que se celebró el matrimonio y no por la del en que esté domiciliado el marido (3).

La restitucion de la dote constante el matrimonio, y por las causas ántes expresadas, especialmente por venir el marido á pobreza, no significan que la mujer pueda enajenarla ni distraer sus réditos á otros objetos que no sean sostener las cargas del matrimonio.

2.° *Restitucion de la dote por disolucion del matrimonio.* A la disolucion del matrimonio, bien sea por muerte, nulidad ó divorcio, el marido ó sus herederos deben restituir la dote á la mujer ó á los suyos, á no ser que la persona que hubiese constituido la dote, al hacerlo se reservase el Derecho de recobrarla.

Los términos para la restitucion de la dote serán, ó inmediatamente despues de disuelto el matrimonio, si estuviera constituida en inmuebles, ó dentro del año subsiguiente, si la constitucion fuera en dinero ó cosas muebles, pudiéndose exigir que se

(1) Ley 23, tít. XIII, Part. V.
(2) Ley 23, tít. XIII, Part. V.
(3) Ley 24, tít. XI, Part. IV.

afiance la restitucion, ó que, de no hacerlo, se devuelva inmediatamente (1).

Si por razon de restitucion de la dote se trabase ejecucion en los bienes del marido y hubiese pérdidas, creen algunos que, no proviniendo éstas de dolo, el marido tendrá Derecho á que se le deje una parte para su manutencion.

Para fijar de una manera clara no sólo las reglas para la devolucion, sino los derechos que puedan competir al marido, debe tenerse presente la clase de dotes y de bienes en que están constituidas.

La dote, ya sea profecticia ó adventicia, debe entregarse á la mujer ó á sus herederos, excepto si quedan hijos, en cuyo caso el padre, como administrador y usufructuario de los bienes adventicios de éstos, los conservará miéntras dure la patria potestad. La Ley de *Partida* disponia que la dote profecticia se entregára al padre, si la hija habia muerto sin descendencia, y al padre y á la hija si el matrimonio se hubiera disuelto por impedimento (2).

En la *dote estimada* la mujer no puede ser compelida á tomar los bienes que llevó si existe dinero para hacer el pago; pero si no existe, deberá tomar los bienes ú otros, prévia tasacion. En la *inestimada* se devuelven las cosas en que consiste.

Si la dote ó parte de ella consiste en cosas fungibles que no se valuaron, debe restituirse otro tanto de la misma especie y calidad, ó el valor que tuviesen á la disolucion del matrimonio (3).

Cuando una finca inestimada se permutáre ó vendiere comprándose otra por su precio, se entenderá que reemplaza á la enajenada, y en ella se hará la restitucion. Si con dinero de la dote compra el marido una finca, la mujer puede escoger entre la finca ó la restitucion del dinero. Al restituir los dotales inestimados puede el marido retener los gastos útiles ó necesarios, pero no los voluntarios (4).

Consistiendo la dote en créditos, cumple con entregar los do-

---

(1) Ley 31, tít. XI, Partida IV.

(2) Leyes 30 y 31, tít. XI, Partida IV.

(3) Leyes 21, 26, tít. XI, Partida IV.

(4) Ley 11, tít. IV, lib. III, *Fuero Real*.—Ley 49, tít. V, Partida V.—Ley 32, tít. XI, Partida IV.

cumentos ó títulos recibidos si no pudo hacerlos efectivos, pero si esto aconteció por negligencia, y el deudor se hizo insolvente, el marido responderá con sus propios bienes, habiendo sólo un caso de excepcion, cuando el deudor fuese padre ó ascendiente de la mujer.

Si la dote consistiese en el usufructo, deberá restituirse este Derecho; pero nunca los frutos que se hayan percibido.

En la dote estimada los aumentos ó disminuciones que haya tenido durante el matrimonio quedarán á cargo del marido, que sólo está obligado á devolver la estimacion. En la inestimada, como han de devolverse las mismas cosas en que se constituyó, el marido ó sus herederos serán responsables de los desperfectos ocasionados por mala administracion (1).

Si en la constitucion de la dote hubiese habido pacto sobre devolver la cosa ó su estimacion, la eleccion será del marido, á no haber condicion en contrario (2).

Los intereses y frutos correspondientes á la dote que se devuelve dejan de pertenecer al marido desde el dia en que debe verificar la restitucion (3).

## DERECHO FORAL.

32. Aragon. Segun su fuero, el padre y la madre tienen obligacion de dotar á sus hijas siempre que no casen contra su voluntad, pero esta obligacion no existe con respecto á los hijos (4).

La cantidad en que ha de consistir la dote á favor de las hijas y las nietas podrá no guardar proporcion con el caudal paterno, puesto que no hay ley ninguna que lo mande; pero parece que no deberá exceder de la legítima ni constituirse tampoco en mejora de tercio y quinto (5).

La dote se pagará:

1.° Con los bienes comunes á la sociedad conyugal (6).

2.° Con los bienes particulares del marido y de la mujer, si los

---

(1) Ley 31, tít. XI, Part. IV.

(2) Leyes 18 y 19, tít. IX, Part. IV.

(3) Leyes 26 y 31, tít. IX, Part. IV.

(4) F. 1, *De exheredatione filiorum*, lib. IV y V de 1626.—*Concordias censales*, obs. 50. *De jure dotium*, lib. V.

(5) S. del T. S. de Justicia, 2 de Julio de 1868.

(6) Ob. 17, *De jure dotium* y *Comentario* de Franco de Villalba.

de ésta no son vinculados y prometió la dote en union con el marido, debiendo advertir que el privilegio de la vinculacion no alcanza á aquél (1).

3.° Si no existen bienes libres ó son insuficientes, y el fundador no prohibió que de los vinculados se dotára, en éstos se constituirá la dote (2).

Los hijos no están obligados á colacionar (3), y el cónyuge que sobreviva podrá dar de los bienes de la sociedad conyugal y en concepto de dote, tanto como los dos cónyuges dieran á otro hijo, siempre que para cada hermano quede cantidad igual (4).

El marido tiene la libre administracion y disposicion de los bienes muebles y de los bienes sitios traidos como muebles, y ademas es propietario de la mitad (5). En cambio la mujer tiene en sus bienes dotales los siguientes derechos:

1.° Es propietaria de la mitad de los bienes muebles que subsistan á la disolucion de la sociedad conyugal (6).

2.° El de restitucion de los bienes muebles que se llevaron como sitios á la sociedad conyugal (7).

3.° El de propiedad de los inmuebles aportados como sitios.

4.° El de enajenar las dotes en favor de su marido con la concurrencia de los dos parientes más próximos. No podrá enajenarla á un extraño sin el consentimiento del marido (8).

Habiéndose asegurado por axovar alguna cantidad á la esposa y obligado bienes, aquélla ó sus herederos la recibirán de los bienes obligados, y de los demas si éstos no bastáran (9).

Existe en Aragon una institucion especial que se llama *firma de la dote*, *excreixs* y *axovar*, que no es otra cosa más que los bienes que el marido señala á su mujer como dote ó aumento de la constituida: á este *excreixs* ó firma de dote puede la mujer compeler al marido durante el matrimonio, pero tambien puede re-

---

(1) F. 1, *De jure dotium* y *Comentario* de Franco de Villalba.

(2) F. 8, *De jure dotium*, lib. V. *De consortibus*, cap. 46.

(3) Ob. 1.ª, *De donationibus*, lib. IV.

(4) Ob. 2.ª, *Idem*, *id.*, *id.*

(5) Ob. 1.ª, *Ne vir sine uxore*, lib. II; 1.ª, *De rerum amotarum*, lib. V.

(6) Ob. 1.ª, *Ne vir sine uxore*, lib. II; 1.ª *De rerum amotarum*, 33, *De jure dotium*, lib. V.

(7) Ob. 1.ª, *De rerum amotarum*, lib. V.

(8) Ob. 1.ª, *De rerum amotarum*, lib. V.

(9) Ob. 1.ª, y 39, *De jure dotium*, lib. I; F. 1 y 2. *Ne vir sine uxore*, lib. IV. Observacion 20 y 32 *De jure dotium*, lib. V. S. del T. S. de Justicia, 20 de Mayo de 1863.

nunciarlo expresa ó tácitamente; y si el marido que prometió la dote muriese sin haber asignado bienes en que constituirla, ni la mujer lo hubiera solicitado, pierde el derecho á la *firma*, á no ser que la promesa recayera sobre todos los bienes, en cuyo caso se le dotará con tres heredades, que no serán ni de las mejores ni de las peores que quedaren á la muerte de aquél (1).

Si hay instrumento de dote, ó ésta se hubiera constituido por el marido en todos sus bienes, los hijos, muerta la madre, podrán pedir que se les asigne; pero no si habiendo sólo promesa la mujer no hubiera pedido la designacion.

La mujer á cuyo poder va la dote por muerte del marido la poseerá sin poder ser ejecutada por deudas posteriores á la asignacion, pero perderá la dote y la *firma* si contrajere segundas nupcias ó cometiere adulterio (2).

33. Cataluña. El sistema dotal es muy semejante al de Castilla, con algunas variaciones, entre las cuales podemos señalar la que prohibe á la mujer el Derecho de obligar la dote en más de la mitad de su valor, y la de que, en caso de que sean ejecutados los bienes del marido, la mujer tiene el Derecho de tomar los bienes muebles necesarios para cubrir su dote, á lo que se llama *opcion dotal* (3).

Para que la mujer pueda usar de la *opcion* es necesario ante todo que se pruebe de una manera fehaciente la constitucion de la dote. Probado esto, la *opcion* tendrá lugar:

1.° Si la mujer se presenta como acreedora preferente á los acreedores que pidan la ejecucion.

2.° Si la obligacion que origine la ejecucion no está firmada por la mujer, ni ésta ha prometido no impugnarla por razon de dote (4); y

3.° Si la ejecucion no es por una pequeña cantidad (5).

Disuelto el matrimonio por muerte del marido, la mujer tendrá los derechos de usufructo y posesion hasta que se le restitu-

---

(1) Ob. 38 y 50, *De jure dotium*, lib. v.

(2) Ob. 50, 52 y 56, *De jure dotium*, lib. v, art. 88, párrafo 4.°, *Ley del Matrimonio civil*.

(3) *Recogn. próoer*, cap. 11.— *Const.* I, tít. II, lib. V, vol. 2.°— *Const.* III, título XXXIII, lib. IX, tít. XI, lib. VII, vol. 1.°

(4) *Const.* 7.ª, tít. XI, lib. VII, vol. 1.°

(5) *Const.* 2.ª, tít. II, lib. V, vol. 1.°, y S. del T. S. de Justicia, 9 de Enero de 1874.

ya la dote, siempre que empiece el inventario dentro del mes desde que supo la muerte y le termine en el mes siguiente, sin necesitar posesion corporal de los bienes; y si otro la tomase, la viuda podrá intentar los interdictos que correspondan (1).

La tenuta se limitará á los bienes que el marido hubiera señalado para seguridad de la dote siempre que produzcan renta anual. En la tenuta los hijos del primer matrimonio herederos de su madre serán siempre preferidos á la segunda mujer y á sus hijos, debiéndose tener presente que si para la restitucion de la dote no alcanzasen los bienes libres, podrá repetirse contra los vinculados (2).

34. NAVARRA. Los padres están obligados á dotar á las hijas, excepto cuando contraigan matrimonio clandestino (3).

Los padres y los donadores extraños suelen poner pactos de reversion para el caso de que las dotadas mueran sin sucesion; pactos que se entienden repetidos en los segundos matrimonios que contraen las mujeres, á no ser expresamente revocados. Llevando una mujer sus bienes al segundo matrimonio, quedan desde luégo revocados los llamamientos hechos en favor de los hijos del primero (4).

Claro es que estas disposiciones sufren hoy las modificaciones introducidas por la Ley hipotecaria, que, como general, es sin duda alguna derogatoria de las que son anteriores y particulares.

---

(1) *Const.* 1.ª y 2.ª, tít. III, lib. V, vol. 1.º *Constituciones de Cataluña.* S. del T. S. de Justicia de 13 Abril 1869.

(2) *Autem res quae cot. con. de la got.*, lib. VI, tit. XLIII.— Vives, *usages*, tomo II, pág. 308.

(3) Leyes 1.ª y 2.ª, tít. IX, lib. VIII, *Nov. Recop. de las Leyes de Navarra.*

(4) Leyes 6.ª y 7.ª, tít. XI, lib. III, *Nov. Recop. de las Leyes de Navarra.*

# LECCION XV.

**Instituciones del Derecho civil.—De las personas.—
Matrimonio civil.—Continuacion.**

**SUMARIO.**

EFECTOS GENERALES DEL MATRIMONIO. 1. Bienes que ingresan por razon de la mujer, parafernales.—DERECHO COMUN. 2 al 4. *Bienes parafernales*, qué sean, su orígen, sus caractéres.—5 al 8. Modificaciones introducidas por las sentencias del Tribunal Supremo y Ley hipotecaria.—9 al 10. Juicio crítico-legal de ellas.—11 y 12. *Donaciones esponsalicias.*—13. *Arras.*—14. Bienes que ingresan por consideracion al marido.—15. *Donaciones propter nuptias.*— DERECHO FORAL. 16. ARAGON.—17. NAVARRA.—18. CATALUÑA.

1. Al ocuparnos en lecciones anteriores de los bienes que por razon de la mujer ingresan en la familia, señalamos en segundo término despues de los dotales los *parafernales*, de que vamos á tratar en la leccion presente, segun el derecho comun de Castilla y las variantes del Foral.

DERECHO COMUN.

2. 2.° BIENES PARAFERNALES *son aquellos que por cualquier título distinto de la dote aporta la mujer al matrimonio.*

3. No se ocupan de ellos nuestras antiguas leyes, hasta que la 17, tít. XI, *Partida* IV, al importarlos de la legislacion romana, declaró que la mujer retendrá el dominio de los bienes parafernales que no se hayan entregado al marido como aumento de dote, ó que la mujer *señaladamente* y *con intencion* de que los poseyera y administrára como dotales los haya entregado al marido, pues en caso contrario ó de duda de si se realizó ó no la entrega, *siempre finca la mujer por señora de ellos;* diferencia esencialísima que los separaba de los bienes dotales que entran bajo el dominio del marido, independientemente de la voluntad de la mujer.

Limitáronse á esto las leyes de *Partida;* y los bienes parafernales bajo el dominio y señorío del marido, si la mujer *señaladamente* y *con intencion* se los habia entregado, ó bajo el señorío de la mujer si tal entrega no habia hecho, formaban parte del caudal de los esposos, eran administrados por el marido, y sus frutos y rentas eran siempre comunes miéntras el matrimonio subsistia, teniendo la mujer hipoteca legal tácita sobre los bienes del marido por razon de los bienes parafernales, si bien no la prelacion que por los dotales se le concedia.

4. Nada hablaron las leyes de *Partida* respecto á la administracion de los expresados bienes, porque la administracion de todos los que existian en la sociedad conyugal, fuese cual fuese su procedencia, correspondia al marido como jefe y señor de la familia. Las leyes de Toro prohibiendo á la mujer casada contratar y obligarse sin licencia del marido, y una recopilada concediendo la administracion de sus bienes y de la hacienda de su mujer al marido que hubiera cumplido los diez y ocho años (1), confirmaban la jurisprudencia de que en la familia no hubiese más administrador que el marido.

5. La doctrina relativa á bienes parafernales era, sin duda alguna, oscura en demasía, si se tenian en cuenta las disposiciones contradictorias é incompletas de nuestra antigua legislacion : estas dificultades han hecho surgir multitud de sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, que formando jurisprudencia, parece que debian haber fijado de una manera clara, terminante y decisiva, la doctrina importante que nos ocupa. No ha sido así por desgracia, y puede asegurarse que la misma confusion y las mismas dificultades existen hoy que existian ántes.

6. Verdad es que el alto cuerpo de que hablamos ha declarado que la mujer puede administrar estos bienes ó encargar su administracion al marido; que, fundándose en la ley 25, tít. XI, *Partida* IV, dice que la administracion no pertenece al marido sino cuando la mujer se la haya entregado; que decide que los frutos y rentas de los parafernales se destinen durante el matrimonio al sostenimiento de sus cargas, aunque la mujer retenga la administracion, y que sólo concede la hipoteca legal cuando *señalada-*

---

(1) Ley 55 de *Toro.*—Ley 7.ª, tít. II, lib. X, *Nov. Recop.*

*mente* se dieron al marido para que los poseyera y administrára como los demas dotales (1).

7. Pero en seguida vienen otras sentencias del mismo Tribunal confirmando, digámoslo así, nuestras antiguas leyes, y diciendo que, si bien corresponde á la mujer la administracion de los bienes parafernales, esto se entiende sin perjuicio de la intervencion que, segun otras prescripciones legales, debe tener el marido en los actos y contratos á que sin su licencia y autorizacion no puede aquélla concurrir ni celebrar por sí (2).

Si, pues, la doctrina más seguida por el Tribunal Supremo priva esencial y virtualmente á la mujer de los actos de administracion en sus bienes parafernales sin licencia de su marido, si bien reconociéndola siempre el señorío, la propiedad y dominio sobre estos bienes, no se nos alcanza la razon del por qué se consideren como bienes dotales si la mujer quiere como tales entregarlos al marido. Realmente, la diferencia más importante que entre bienes parafernales y bienes dotales podria existir, era la de que en ellos tuviera la mujer la administracion, que es el complemento del señorío y del dominio. Cierto es que los bienes parafernales no tienen los privilegios hipotecarios de la dote, pero tambien lo es que, como los dotales, sirven sus productos para sostener las cargas del matrimonio, y que en su dia tienen que ser devueltos como los dotales: parece, teniendo presente una sentencia del Tribunal Supremo, que si los bienes parafernales se venden ó enajenan por consentimiento de ambos cónyuges, y entra su importe en poder del marido, deben quedar á su vez hipotecados los bienes de éste á la seguridad de la cantidad que importaron; pero áun así, esta responsabilidad afecta en primer término á los gananciales, y sólo cuando éstos no existan, quedarán grabados los bienes del marido; es decir, que el marido administrador de los bienes parafernales parece que no puede venderlos; que sólo está llamado á aprobar y á consentir la venta hecha por su mujer, y que ésta en este caso puede ser árbitra de ingresar ó no el producto de los bienes en el acervo comun de la sociedad conyugal,

(1) Sentencias del Tribunal Supremo, 27 Noviembre 1865; 1.° Marzo 1871; 27 Mayo 1864; 4 Marzo 1858; 12 Diciembre 1864; 12 Mayo 1866; 25 Junio 1857; 27 Noviembre 1865; 9 Enero 1860; 8 Octubre 1876; 17 Junio 1874.

(2) Idem, id., 26 Octubre 1863; 8 Octubre 1866 y 29 Octubre 1867; 12 Mayo 1866; 4 Marzo 1858; 6 Julio 1872; 11 Mayo 1874; 30 Enero 1862; 10 Mayo 1873.

y mermar, por consecuencia, la masa de renta que ha de servir para sostener las cargas del matrimonio. Verdad es que, segun otra sentencia del Tribunal Supremo, al definirse los derechos que sobre los frutos ó rentas de bienes dotales y parafernales tiene el marido, los equipara y limita, no comprendiendo en aquellos derechos la obligacion del marido á dar alimentos á su hijo natural, limitacion que no existiria si sobre los productos se concediese al marido pleno señorío; pero tambien es cierto que se vuelven á confundir para este efecto los bienes dotales y los bienes parafernales (1).

Parece como que el Tribunal Supremo ha querido indicar que al dar la mujer sus bienes parafernales al marido para que los administre, se desnudaba del señorío que la ley le concede sobre ellos, y no es claro que el Derecho de administrar pueda considerarse como una declaracion de propiedad.

8. Más explícita y más clara la ley hipotecaria, diferencia los bienes parafernales de los dotales, y hace consistir sobre todo la diferencia entre unos ú otros en la administracion y entrega de los bienes al marido, y sólo en este caso concede la hipoteca legal por los bienes parafernales entregados por la mujer al marido para que los administre por escritura pública y bajo la fe de notario; esto es, que la entrega de los bienes al marido es lo que constituye, segun la ley hipotecaria, la causa de que éstos se aseguren con hipoteca (2).

9. Al examinar esta modificacion importantísima hecha en nuestras leyes y costumbres, debemos ver si se ha hecho en buenos términos y condiciones, lógica y acertadamente, y si los resultados que debe producir son ventajosos ó perjudiciales.

En cuanto á lo primero, basta ver y comparar las sentencias del Supremo que dejamos apuntadas, para comprender que ni el mejor acierto ni una lógica conveniente las ha presidido.

Darle á la mujer el pleno dominio y señorío, y concederle la administracion de las cosas parafernales sin derogar al mismo tiempo, mejor dicho, dando nueva sancion á las leyes que, como la de Toro citada (3), imposibilitan á la mujer de los actos de

(1) Sentencia del T. S. de Justicia, 6 Julio 1872 y 1.° Marzo 1867.
(2) *Ley hipotecaria*, artículos 168, 180.
(3) Ley 55 de *Toro*, y 7.ª, tít. II, libro X, *Nov. Recop.*

señorío y administracion sin la licencia del marido, es lo mismo que conceder á uno el Derecho de pasear sujetándole las piernas con fortísimas cadenas.

La mujer es *señora* de los bienes parafernales, tiene el derecho de administrarlos, goza en ellos, por lo tanto, la *plena in re potestas,* que decian los romanos, los derechos *utendi, fruendi* y *abutendi,* y esto tan completamente separada del marido, que éste está exento de hipotecar, y al propio tiempo la mujer no puede contratar, ni cuasi contratar, ni obligar esos bienes, ni librarlos de obligaciones que pesen sobre ellos, sin la licencia é intervencion directa del marido, ¿dónde está la *plena in re potestas?* ¿qué especie de administracion ejerce la mujer?

10. Hemos visto, respetando las decisiones del alto Cuerpo cuyas sentencias nos han ocupado, que la innovacion no se ha acometido de frente y de una manera clara y decisiva; veamos ahora si es ventajosa ó perjudicial.

Al tratar de la familia, en lecciones anteriores, hemos dicho que uno de sus elementos necesarios y constitutivos era la *unidad,* á la que no podia llegarse miéntras no se reconociera en ella un solo jefe; la familia española, por las leyes, por las costumbres más antiguas, tenía esa unidad, nacida de la variedad armonizada de sus elementos constitutivos; el marido era el jefe, no sólo en el terreno moral y legal, sino en el material y económico. Verdad que no era como en Roma el señor absoluto ante cuya suprema autoridad toda personalidad dejaba de ser, sino un jefe prudente que recogia las inspiraciones de la mujer su compañera, que dividia con ella las cargas y trabajos de la familia, que la representaba fuera, que administraba y disponia de la parte económica, pero que prestaba al propio tiempo garantías de su gestion, exigidas y señaladas por la ley, en tanto cuanto ésta puede inmiscuirse en el sagrado de esa institucion; representaba, en fin, la unidad de accion, de vida y movimiento.

Hoy, merced á la nueva jurisprudencia, en la parte económica de la familia nace un dualismo que puede traer á su seno luchas intestinas que la desorganicen y que den orígen á cuestiones graves é inmorales; en efecto, desde hoy puede muy bien haber dos jefes económicos en la familia, administrando y dirigiendo cada uno una parte del caudal, que debe dirigirse en comun, rivales uno de otro, ocultándose y disimulándose el resultado de esas

gestiones aisladas, separando tal vez del acervo comun ambos á dos cantidades que entren á engrosar su caudal respectivo, oponiéndose tal vez el marido á que la mujer administre, luchando ésta con él para administrar, produciendo un choque constante, llevando las pruebas de su desunion y de sus guerras á los tribunales, que á cada momento tendrán que entrar en el sagrado recinto de la familia, y conocer y sacar á plaza muchas veces dolorosos y desmoralizadores secretos, que comienzan á producir males sin cuento desde que dejan de serlo.

Quizá en esto como en otras muchas cosas se han querido importar instituciones de allende, ántes que estudiar las nuestras y su razon de ser.

11. 3.º Donaciones esponsalicias: *son los regalos que los esposos suelen hacerse mutuamente en señal de cariño.* Fueron conocidas de los romanos con el nombre de *sponsalitiæ largitates*, y de ellos han venido á nosotros. Generalmente las da el esposo á la esposa. Pueden darlas tambien los parientes de uno de los novios al otro, por razon del casamiento; pero si se hiciesen por contemplacion al mismo agraciado, serán del exclusivo dominio de éste (1).

Las leyes las tasaron en la octava parte de la dote, declarando nulo todo pacto ó promesa en contrario, y aplicando al fisco el exceso, lo que hoy no puede tener lugar.

La tasa alcanza á todos los gastos que se hicieren con motivo de la boda (2).

Creen algunos que si la mujer no lleva dote no se le podrán hacer donaciones esponsalicias; la ley nada dice.

La ley prohibe á los comerciantes el pedir en juicio el importe de las mercaderías que hubieren dado al fiado para regalos de boda, disponiendo que ni áun se les admita la demanda (3).

12. Estas donaciones sólo se revocan por justas causas, que son:

1.ª No haberse contraido matrimonio por culpa del donatario.

2.ª No haberse contraido por causas extrañas á la voluntad de los otorgantes; en este caso, si la mujer hizo la donacion, la re-

(1) Ley 3.ª, tít. XI, Partida IV.
(2) Leyes 6.ª, 7.ª, 8.ª, tít. III, lib. X, *Nov. Recop.*
(3) Ley 2.ª, tít. VIII, lib. X, *Nov. Recop.*

cobrará ; si la hizo el marido, la recobrará igualmente ; pero si ha intervenido ósculo, sólo la mitad.

Esta ley se conoce en España desde el siglo IV de la era cristiana. Constantino la dió en 336, remitiéndola para su observancia al Vicario de las Españas residente en Hispalis (Sevilla), Teodosio el Jóven la insertó en su *Código* (1), Justiniano en el *Repetitæ prælectionis* (2). Falta en el *Fuero Juzgo* latino, pero existió en el romanceado (3), la amplificaron las *Partidas* (4), la aplicó el *Fuero Viejo* de Castilla en las fazañas (5), existe en el *Fuero Real* (6) y en las leyes de *Toro* (7), de donde la tomaron la *Nueva* y *Novísima Recopilacion*.

La hipoteca legal sólo tendrá lugar cuando las *donaciones esponsalicias* se hayan ofrecido como aumento de dote ; en otro caso sólo producirán una obligacion personal, quedando, no obstante, á arbitrio del marido asegurarla ó no con hipoteca (8).

13. 4.º ARRAS. *La donacion que hace el esposo á la esposa en remuneracion de la dote ó de sus condiciones personales.*

La palabra *arras* tiene muy diversas acepciones legales ; en el *sistema foral* se llamaba así á *la dote goda*, en las *Partidas* la *prenda que se da en señal de que se cumplirá el contrato: la donacion propter nuptias*, romana, ó las *trece monedas que el marido da á la mujer al velarse como señal del matrimonio contraido* (9).

Es cuestionable si se pueden constituir y aumentar despues del matrimonio : dicen unos que pueden constituirse y aumentarse, toda vez que son exactamente iguales las *arras* y las *donaciones propter nuptias* de las *Partidas*, lo cual no es exacto, porque las primeras, disuelto el matrimonio, quedan en poder de la mujer, miéntras las segundas, aunque durante el matrimonio el dominio era de la mujer, disuelto éste volvian al marido ó á sus herederos : otros opinan que siendo una donacion remuneratoria puede aumentarse, pues éstas no están prohibidas entre marido

---

(1) Ley 5.ª, tít. V, lib. III, *Codex Teodos.*
(2) Ley 16, tít. III, lib. V, *Cod. rep. præ.*
(3) Ley 5.ª, tít. I, lib. III, *Fuero Juzgo.*
(4) Ley 3.ª, tít. XI, Partida IV.
(5) Ley 4.ª, tít. I, lib. V, *Fuero Viejo.*
(6) 5.ª, tít. II, lib. III, *Fuero Real.*
(7) Ley 52 de *Toro.*
(8) *Ley hipotecaria*, artículos 168 y 178.
(9) Ley 1.ª, tít. XI, Partida IV.

y mujer : los que creen que no pueden ni constituirse ni aumentarse se fundan en que las donaciones simples entre los cónyuges no son válidas (1).

Están limitadas como las *donaciones esponsalicias;* así el marido puede dar hasta la décima parte de sus bienes y prometer en proporcion á los que tuviere á la disolucion del matrimonio si hubieren aumentado. Esta ley no puede renunciarse, pena de privacion de oficio al escribano que la autorice (2).

El dominio de las *arras* pasa á la mujer, en cuyo poder ó de sus herederos quedan á la disolucion del matrimonio, devolviéndolas si no se consumó.

La administracion corresponde al marido, que no puede enajenarlas ni disiparlas, áun con el consentimiento de la mujer (3).

Si se ofrecieran como aumento de *dote*, constituirán una hipoteca legal ; si no, sólo una obligacion personal con hipoteca, si el marido quiere constituirla (4).

Habiéndose constituido arras y donaciones esponsalicias como aumento de dote, el marido tendrá que constituir hipoteca legal por unas ó por otras, no por ambas, á eleccion de la mujer, ó á la suya, pasados veinte dias desde que se hizo la promesa sin que aquélla eligiera (5).

En este caso la mujer ó sus herederos tendrán el Derecho de escoger entre unas y otras en el término de veinte dias desde que fueron requeridos por el marido ó sus herederos ; si no lo hicieren, toca á éstos (6).

La mujer adúltera, ó que abandone al marido, ó que huya de su casa, pierde el dominio de las arras (7).

14. Despues de hablar de los bienes que se aportan al matrimonio por consideracion á la mujer, veamos cuáles son los que se aportan por consideracion al marido, que son :

15. LAS DONOCIONES PROPTER NUPTIAS, ó *donaciones que los*

---

(1) Ley 1.ª, tít. XI, Partida IV.

(2) Leyes 1.ª y 2.ª, tít. II, lib. III, *Fuero Real;* 1.ª y 7.ª, tít. III, lib. X, *Novísima Recopilacion.*

(3) Leyes 2.ª y 4.ª, tít. III, lib. X, *Nov. Recop.*

(4) *Ley hipotecaria*, artículos 168 y 178.

(5) *Idem*, art. 179.

(6) Ley 2.ª, tít. III, lib. X, *Nov. Recop.*

(7) Ley 6.ª, tít. II; ley 9.ª, tít. XII, lib. III, *Fuero Real.*

*padres hacen á sus hijos para sostener con decoro las cargas del matrimonio* (1).

Los padres no tienen obligacion de darla ; pero si las dieren ó prometieren, se sacarán de los gananciales ; si no los hay, de los bienes de ambos cónyuges ó de uno solo, segun que ambos ó uno solo las prometió.

Las leyes que las limitaban están en desuso ; hoy las limitan las de sucesion, á la legítima y mejoras.

## DERECHO FORAL.

16. ARAGON. El Fuero no reconoce bienes *parafernales*, sino que considera dotales todos los bienes aportados por la mujer al matrimonio ; pero si tenemos en cuenta otras disposiciones del Fuero, sólo podrán considerarse como dotales los que como tal dote llevó la mujer, ó constituyó el marido como firma ó aumento de dote, pues se permite que aquélla done á éste libremente y sin autorizacion de nadie los bienes sitios, miéntras se le prohibe dé los dotales y su aumento sin permiso de los dos parientes más inmediatos (2).

En las *donaciones* esponsalicias el marido adquiere las joyas que dió á la mujer si ésta muere ántes de consumarse el matrimonio (3).

El Derecho aragones no conoce las *arras*, sino una *donacion propter nuptias*, esto es, una dote que el marido está obligado á dar á la mujer, que puede eximirle de esta obligacion, y en la cual la mujer por muerte del marido sólo conserva el Derecho de viudedad, pasando á los hijos si contrae segundas nupcias, y en defecto de aquéllos, á los parientes del marido ; no pueden pedirla los hijos miéntras vivan el padre y la madre ; por muerte intestada de los primeros se refunde su Derecho en el padre ó en sus más cercanos parientes.

El *excreix*, *aumento* ó *firma* de dote es la cesion que el marido hace á la mujer de una parte de sus bienes para asegurar la dote: si consiste en dinero, la mujer tiene la propiedad absoluta, y el

---

(1) Leyes 1.ª, 7.ª, 23, tít. XI, Partida IV.—Ley 5.ª, tít. III, y 9.ª, tít. VI, lib. X, *Nov. Recop.*

(2) Obser. penul., *Declar. Monelat.*, lib. IV.

(3) Obser. 46, *De jure dot.*

marido por muerte de ella, ni viudedad ni firma de dote, á no ser los bienes inmuebles, ó haberse pactado que se consideren como tales (1).

17. Navarra. En sus leyes especiales no se habla de bienes *parafernales;* pero como es supletorio el Derecho romano, los han tomado de éste.

Las *arras* no se diferencian de las donaciones esponsalicias; pasan, por lo tanto, al dominio de la mujer, sin obligacion de reservarlas para los hijos del matrimonio en que se constituyeron; pero no puede dársele por este concepto más de la octava parte de lo que aportó como dote, y toda renuncia en contrario es ineficaz (2).

La *donacion propter nuptias* no es sólo, como en Castilla, la hecha por el padre, sino que se extiende á cualquier otra persona; es irrevocable y válida, aunque no haya estipulacion, ni aceptacion del donatario; pueden los bienes en que consiste hipotecarse y enajenarse, aunque haya cláusula de llamamiento á los hijos, si no se pactó que éste sea con prohibicion expresa de enajenar, á no ser con justa causa y decreto judicial; de lo que advertirán los escribanos, pena de suspension de oficio.

Los bienes volverán al donante si el donatario muere sin hijos, ó éstos á su vez mueren ántes de la edad hábil para testar; si los hijos mueren sin testar y sin descendencia, vuelven los bienes al donante, al abuelo ó abuela, ó á los más próximos parientes, sin que en estos casos puedan el donatario ni sus hijos disponer de los bienes en perjuicio del donante que sobrevive (3).

18. Cataluña. Tambien corresponde á la mujer el señorío y administracion de los bienes *parafernales*, si no los ha entregado expresamente al marido para que los tenga en su dominio.

En vez de *arras* se conoce una *donacion propter nuptias*, *excreix* ó *esponsalicio* que el prometido ó marido hace á la mujer por razon de la virginidad ó de la dote, y cuya cuota suele ser igual á la parte de dote que se da á libres voluntades (sin cláusula de reversion). Muerto el marido, recobra la mujer su dote y tiene el usufructo de esta donacion aunque pase á segundas nup-

---

(1) Obser. 5.ª, *De donat.*, lib. VIII.—Obser. 52, 5.ª, 42, *De jure dot.*

(2) Leyes 1.ª y 2.ª, tit. XI, lib. III, *Nov. Recop. de Navarra.*

(3) Leyes 7.ª, 8.ª y 9.ª, tit. VII, lib. III, de la *Nov. Recop. de Navarra.*—Ley 9.ª del *Amejoramiento del Fuero.*

cias, pero prestando fianza usufructuaria y reservando la propiedad á los hijos del primer *matrimonio* (1).

Existe en Cataluña tambien una institucion especial relativa á los matrimonios, que se conoce con el nombre de *heredamientos*, que son donaciones hechas por los padres á favor de los hijos que contraen matrimonio ó de los que éstos tuvieren: son irrevocables, pero si se hacen en contemplacion á determinado matrimonio, pierden su fuerza si aquél no se realizára. La irrevocabilidad existe sólo cuando los otorgantes han hecho la donacion en capitulaciones matrimoniales á tiempo indeterminado, y sin reservarse la facultad de modificarlas, y sólo á los padres ó á los donantes se da el Derecho de pedir la revocacion por causa de ingratitud (2).

Puede tambien nombrarse heredero universal á un hijo con reserva del usufructo de los mismos bienes y facultad de acomodar á los demas hijos; si ratifica esta donacion en su testamento é impone al heredero la obligacion de respetarla, éste tiene que hacerlo (3).

Estos *heredamientos* participan tambien del carácter de instituciones hereditarias por la universalidad de los bienes del donante y por producir sus efectos despues de la muerte de éste (4).

Si se hicieran á favor de hijos que áun no han nacido, podrán hacerse puramente ó bajo condicion, y los hijos á quienes se refiera se entienden llamados á su goce por iguales partes, si bien este *heredamiento* caduca si mueren ántes que el padre donante.

Llámanse heredamientos *prelativos* los en que expresa ó tácitamente se tiene en consideracion otro matrimonio, á fin de que los hijos del primero sean preferidos; en ellos los padres pueden disponer de los bienes en que el heredamiento consiste, siempre que no sea á favor de un hijo del segundo matrimonio (5).

Segun la ley hipotecaria, los heredamientos están sujetos á inscripcion con las condiciones marcadas en la Real órden de 24 de Octubre de 1871.

---

(1) Ley 22, tít. XXX, lib. VI, de la *Const. de Cataluña*.—Sentencia del S. T. de Justicia de 12 Mayo 1866.

(2) Sentencia del T. S. de Justicia, 17 Setiembre 1865; 28 Abril 1858 y 16 Diciembre 1867.

(3) Sentencia del T. S. de Justicia, 11 de Julio 1870.

(4) Sentencia del T. S. de Justicia, 28 Abril 1858 y 20 Junio 1873.

(5) Sentencia del T. S. de Justicia, 11 Mayo de 1861; 13 Febrero de 1863; 10 Marzo 1863; 5 Abril 1865, y 3 Febrero 1866.

# LECCION XVI.

**Instituciones del Derecho civil.—De las personas.— Matrimonio civil.—Continuacion.**

**SUMARIO.**

1. SOCIEDAD LEGAL. DERECHO COMUN.—2 al 5. Sociedad legal, su definicion, su desarrollo histórico.—6 y 7. Exámen filosófico, moral y jurídico de la institucion. Responde á la naturaleza moral del matrimonio. Es provechosa bajo el punto de vista jurídico y económico.—8. Division de la materia.—9. 1.º Cómo se constituye.—10. 2.º Cosas que son objeto de la sociedad.—11. Cosas que no pueden serlo.—12. 3.º Quién administra, derechos de la mujer.—13. 4.º Cargas de la sociedad.—14. 5.º Cómo termina. DERECHO FORAL. 15. ARAGON.—16. NAVARRA.—17. CATALUÑA.—18. VIZCAYA.

1. Hemos hablado en las precedentes lecciones del caudal de la familia y estudiado la índole de los bienes que entran en ella en contemplacion de la mujer y del marido; pero nuestras leyes conocen bajo el nombre de *sociedad legal* una institucion especialísima que da á ciertos bienes el carácter de una propiedad comun y colectiva en la familia.

DERECHO COMUN.

2. La SOCIEDAD LEGAL procedente del matrimonio es aquella *por virtud de la cual las ganancias realizadas durante el matrimonio se hacen propiedad de ambos cónyuges.*

3. Esta institucion se creó y arraigó en España en tiempo de los visogodos, sin precedente alguno histórico en los pueblos antiguos, y desconociéndose en Roma; nacida del carácter especial de la familia y de la consideracion que gozaba la mujer goda, aparece perfectamente formulada en el FUERO JUZGO, que señala á cada cónyuge una parte proporcional en las ganancias al capital por cada uno aportado (1).

(1) Ley 17, tít. II, lib. IV, *Fuero Juzgo.*

4. El *Fuero Real* acepta la institucion, si bien destruyendo la desigualdad de las ganancias; las *Partidas* la omiten por no ser institucion romana, pero las *Leyes del Estilo* la mencionan de nuevo, y las *Leyes de Toro* la proclaman, para que despues aparezca en todos los códigos posteriores.

5. Hecha esta rápida reseña histórica de la institucion, como sea indígena y peculiar de España, entrarémos en algunas consideraciones, siquiera sean rápidas y someras, acerca de su valor *racional* y *moral*.

6. Lo hemos dicho, en el matrimonio racional y filosóficamente considerado como orígen de la familia hay tres entidades, tres personalidades integrantes y necesarias, el marido, la mujer y la institucion que de la union de ambos surge, respetando la doble personalidad, pero unificándola en una personalidad compleja y armónica. Pues bien, dando este carácter al matrimonio, y aportando á él, tanto la mujer como el marido, una suma de bienes para sostenerlo, suma de bienes que da un producto, y poniendo de su parte, tanto la mujer como el marido, la inteligencia, el cuidado y la actividad para que esos productos aumenten, nada más natural y lógico que el sobrante de ellos pertenezca á la sociedad miéntrase xiste, y se divida por igual cuando se disuelva, como premio al trabajo por ambos invertido.

No son sólo los productos de los bienes que constituyen el caudal de los cónyuges los que forman el de la sociedad conyugal ó de gananciales; otros hay, como verémos luégo, que entrando en la sociedad por distintos conceptos, forman tambien parte de la sociedad. El Tribunal Supremo parece haberlos señalado de una manera clara y terminante al decir que son gananciales los bienes adquiridos por el marido y la mujer durante el matrimonio y miéntras viven juntos por un título lucrativo ú oneroso, pero comun; y que sólo éstos y los del dominio particular de los cónyuges producidos durante el matrimonio son los que por partes iguales se dividirán entre los cónyuges (1).

Definida la institucion, parece fuera de duda, segun lo dicho, que responde á los fines morales del matrimonio; éstos son el mutuo auxilio de los cónyuges y de los hijos; para conseguirlo son los productos de los bienes que forman el caudal de la fami-

(1) Sentencia del T. S. de Justicia, 1.º Diciembre 1865.

lia, mejor dicho, los bienes mismos en caso de necesidad; la moral exige que haya una perfecta igualdad entre los cónyuges, especialmente en el seno de la familia, y los gananciales responden á todos estos fines morales del matrimonio.

7. Bajo el punto de vista jurídico y económico, es tambien aceptable esta institucion, porque despertando en ambos cónyuges el interes, hace que tanto el uno como el otro se afanen en conservar y aumentar el caudal de la familia, el hombre con su trabajo, la mujer con su economía y buena direccion.

8. Hechas estas ligeras indicaciones, pasemos á ocuparnos de estudiar la institucion, para lo cual verémos:

1.º Cómo se constituye.

2.º Qué cosas son ó no objeto de ella.

3.º Quién administra.

4.º Cuáles son sus cargas.

5.º Cómo termina.

9. 1.º *Cómo se constituye.* La sociedad legal, segun su mismo título lo indica, se constituye por el solo ministerio de la ley desde el momento en que se celebra el matrimonio con sus naturales consecuencias, esto es, que las personas y los bienes se comuniquen; por esto dice la ley *estando de consuno*, esto es, unidos en uno, las personas y los bienes. Basta el consentimiento tácito, que se presupone siempre, á no renunciar los cónyuges expresamente á la sociedad, en cuyo caso la mujer no estará obligada á pagar parte alguna de las deudas que se contraigan durante la union conyugal (1).

10. 2.º *Cosas que son ó no objeto de la sociedad.*

*a.* Cuantos bienes se adquieran por título oneroso, constante el matrimonio.

*b.* Los productos de la industria, oficio ó profesion que ejerciere cualquiera de los cónyuges.

*c.* Lo que el marido gane en la guerra haciéndola á costa de ambos.

*d.* Las mejoras hechas durante el matrimonio en bienes comunes ó propios de cada uno.

*e.* Los frutos y rentas de los bienes que hubieren aportado al matrimonio ó adquirido despues por cualquier título, inclusos los

(1) Leyes 1.ª, 9.ª, tít. IV, *Nov. Recop.*

de bienes parafernales, cuyo dominio y administracion tenga la mujer (1).

De lo dicho se deduce que son gananciales las cosas adquiridas durante el matrimonio por título de compra; los frutos de los bienes del dominio particular de los cónyuges; la soldada ó retribucion de servicio dada á una mujer casada, pero no en concepto de donacion; los frutos y rentas del haber hereditario de la mujer, y los que señaladamente no se justifique que pertenecian á uno de los cónyuges (2).

Si la disolucion de la sociedad conyugal tuviera lugar ántes de la recoleccion, los frutos se dividirán por mitad si aparecen, perteneciendo si no al dueño de la heredad ó á sus herederos, pero abonándose las impensas.

Debe advertirse que esto sólo tiene lugar cuando se trata de arbolado ó viñedo, ó la heredad, sea de la clase que sea, sólo está preparada, en cuyo caso sólo se abonará la mitad de las impensas; en tierras de sembradío, aparezcan ó no los frutos, deberán dividirse por mitad (3).

11. Con el fin de fijar mejor la doctrina y evitar dudas y cuestiones, las leyes señalan ademas los bienes que no pueden ser objeto de la sociedad, sino que pertenecen á uno de los cónyuges, y son:

*a.* Lo que cada uno justifica haber aportado al matrimonio y sus naturales incrementos.

*b.* Las cosas compradas con dinero de uno de ellos.

*c.* Lo que uno hubiere adquirido por retracto, dando al otro la mitad del precio.

*d.* Las permutas de heredades pertenecientes á uno.

*e.* Los edificios hechos en terreno de uno, dando al otro la mitad de lo que costó edificar.

*f.* Lo que por título lucrativo adquiere uno de ellos.

*g.* Los bienes castrenses y oficios reales adquiridos á costa de uno.

---

(1) Leyes 1.ª, 5.ª, 2.ª, 3.ª y 9.ª, tít, IV, lib. X, *Nov. Recop.*—Sent. del T. S. de Justicia, 25 Junio 1857 y 25 Noviembre 1864.—Ley 10, tít. IV, lib. III, *Fuero Real.*

(2) Sentencias del T. S. de Justicia, 22 de Setiembre de 1859; 1.° Febrero 1876; 28 Marzo 1860.

(3) Ley 10, tít. IV, lib. X, *Nov. Recop.*—Sentencia del T. S. de Justicia, 28 Marzo 1860.

*h.* Las donaciones hechas á uno solo de los cónyuges (1).

12. 3.° *Quién administra.* El marido, durante la sociedad conyugal, no sólo administra los bienes de ella, sino que tiene la plena facultad de enajenarlos sin licencia ni otorgamiento de su mujer, excepto si *fuese probado que lo hizo* cautelosamente por defraudar y damnificar á la mujer (2).

Lo dicho no quita que durante el matrimonio los bienes gananciales pertenezcan en comun á ambos cónyuges, si bien el dominio de la mujer parece que no produce sus efectos hasta despues de disuelto el matrimonio, por lo que los autores le llaman *in habitu*, y al del marido *in actu.*

La libre disposicion atribuida al marido se entiende por actos entre vivos, pues para despues de la muerte no puede disponer de parte alguna que exceda de su mitad de gananciales. Las mandas hechas por el marido á la mujer no se imputan en su parte de gananciales (3).

13. 4.° *Cargas de la sociedad* son:

1.ª El sostener las cargas de la familia que pesan sobre el marido; pero no la de mantener al hijo natural, porque, fruto de un hecho personal anterior, no puede perjudicar á la mujer legítima (4).

2.ª Las deudas que para atender á la sociedad conyugal contraiga el marido, pero no las anteriores al matrimonio. El Tribunal Supremo declara que no están afectos á las obligaciones del marido los frutos de los bienes dotales, ni las deudas contraidas *sólo* por él son cargas de la sociedad (5).

3.ª Las dotes ó donaciones propter nuptias dadas ó prometidas por los cónyuges ó por el padre sólo durante el matrimonio (6).

14. 5.° *Termina la sociedad conyugal*, por renuncia durante el matrimonio, de la mujer á su mitad de gananciales, pero no

---

(1) Leyes 3.ª, 4.ª, 5.ª, tít. IV, lib. X, *Nov. Recop.*—Leyes 9.ª, 11, tít. IV, lib. III, *Fuero Real.*

(2) Ley 5.ª tít. IV, lib. X, *Nov. Recop.*—Sentencia del T. S. de Justicia, 18 Octubre 1861.

(3) Ley 8.ª, tít. IV, lib. X, *Nov. Recop.*

(4) Sentenc. del Trib. Sup., 1.° Marzo de 1867.

(5) Ley 14, tít. XX, lib. III, *Fuero Real*, y 207 del *Estilo.*—Sentencia del Supremo de 27 Setiembre 1859.

(6) Ley 4.ª, tít. III, lib. X, *Nov. Recop.*

por el convenio de repartirse el dominio de ellos por mitad, porque es nulo (1).

Por la muerte de uno de los cónyuges, y por el divorcio y nulidad del matrimonio, perdiendo el cónyuge que obró de mala fe su parte de gananciales (2).

DERECHO FORAL.

15. ARAGON. Suele constituirse por el pacto de hermandad entre los cónyuges, en virtud del que son objeto de la comunion todos aquellos bienes sobre que se establece, pero sin perderse el Derecho de viudedad á no haberse renunciado expresamente: por lo tanto, todos los bienes adquiridos durante el matrimonio, por título oneroso, pertenecerán á la sociedad, así como si mejorase la propiedad de la mujer plantando viña ú olivar, ó edificando, tendrá la cuarta parte de la propiedad ó la mitad de la mejora; pero pertenecerá á cada cónyuge lo que justificáre que aportó, y los incrementos naturales (3).

El marido tiene, como en Castilla, la administracion, pero si se ausenta sin dejar procurador, pasa á la mujer (4).

De lo dicho se deduce que en Aragon la sociedad conyugal establecida por el Fuero y regida por las leyes que él contiene puede alterarse en las capitulaciones matrimoniales por los pactos que se establezcan, aunque no sea en instrumento público; pero sí con justa causa siendo posibles y no oponiéndose á la moral ni al Derecho natural, y pueden otorgarse ántes ó despues de celebrado el matrimonio.

Sería muy largo y casi imposible señalar los pactos que la ley reconoce como modificativos de sus disposiciones; dirémos sólo que por ellos:

Pueden convertirse los bienes muebles en sitios, ó los sitios en muebles, si bien sólo con relacion á los cónyuges (5).

Darse la mujer por contenta con ciertos bienes sin poder pedir más ó renunciar su parte de gananciales.

---

(1) Ley 9.ª, tít. IV, lib. X, *Nov. Recop.*—Sent. del T. S. de Justicia, 11 Enero 1859.
(2) Ley 1.ª, tít. IV, lib. X, *Nov. Recop.*—*Ley del matrimonio*, artículos 88, 99.
(3) Observ. 19, 25, 12, 53 y 23 *De jure dotium.*
(4) Obs. 27, *De jure dotium.*
(5) Ob. 43, *De jure dotium.*

Dar el marido á la mujer firma de dote, y otros (1).

Aunque la clasificacion de los bienes comunes no dista mucho de la que hemos señalado en la legislacion de Castilla, hay, sin embargo, algunas diferencias con respecto á los que son propios del marido y de la mujer. Así, pues, serán respectivamente propios del marido ó de la mujer, segun quien los haya aportado:

1.° Los bienes sitios aportados por cada uno ó adquiridos durante el matrimonio por título gratuito, permutas con otros de la misma especie, retracto, pacto de retroventa, legado ó donacion con gravámen.

2.° Los adquiridos por compra ó prescripcion ántes del matrimonio, aunque la primera se haya pagado despues, y la segunda terminado tambien constante el matrimonio.

Pertenecerá al marido que mejoráre una cosa de su mujer, y á eleccion de ésta, la cuarta parte de la cosa ó la mitad de lo mejor, así como la del inmueble vendido á la mujer.

Los bienes inmuebles adquiridos del Rey ó en campaña. A la mujer exclusivamente el axovar, joyas dadas por el esposo, si la muerte de uno ú otro acaeciera ántes de consumarse el matrimonio, y los bienes muebles que á la mujer se hayan legado ó donado, privando al marido de participacion en ellos (2).

El marido tiene en los bienes comunes la administracion de los muebles y de los inmuebles y la libre disposicion de los primeros, aunque si dispone de ellos en la última enfermedad y en perjuicio de la mujer, la enajenacion es nula.

En sus bienes propios tiene el marido la administracion y libre disposicion, salvo el Derecho de viudedad; y en los propios de la mujer la administracion y libre disposicion de los muebles aportados con el carácter de sitios (3).

La mujer en sus bienes propios tiene la administracion en ausencia del marido; los derechos de enajenar sus bienes y de obligarlos para pago de deudas de su marido; pero por razon de delito de éste no pueden ser embargados ni los bienes propios de la mujer, ni la mitad de los muebles y sitios comunes, ni las aventajas (4).

(1) Ob. 58, *De jure dotium.*

(2) Ob. 23, 50, 53, 12, 47, 44, 55 y 46, *De jure dotium*, lib. V; 9.ª y 10 *De secundis nuptiis*, lib. V.

(3) Ob. 24, 29, 32, 36 y 41, *De jure dotium*. Ob. 1.ª *De rerum amotarum*, lib. V.

(4) Ob. 1.ª, 39, 8.ª y 9.ª, *De jure dotium*, lib. V, F. 2. *De contractibus conyug.*, libro V.—Ob. 2.ª, *De fidejus.*, lib. IV. F. 8, *De homicidio*, lib. IV.

Si disuelto el matrimonio por muerte de uno de los cónyuges no se ha hecho inventario ú otra diligencia que manifieste la voluntad de los interesados de terminar la sociedad, ésta continúa aunque el cónyuge superviviente pase á segundas nupcias, y podrá disponer de los bienes muebles (1).

La division de los bienes gananciales puede hacerse, bien á la disolucion del primer matrimonio, bien durante el segundo, caso de haberse contraido.

16. NAVARRA. Conocida la sociedad legal por Fuero y Córtes, tiene más extension que en Castilla, porque pueden admitirse, ademas de los cónyuges, otras personas. Así, pues, si el cónyuge superviviente contrae segundas nupcias ántes de hacer las particiones, ó si no entrega la parte que á los hijos corresponde, éstos forman parte de la sociedad conyugal formada por el segundo enlace, y adquieren derecho á un tercio de lo adquirido en él; pero no soportan las pérdidas, y en su dia recibirán íntegro lo que les corresponda: para mayor seguridad está prohibido que puedan renunciarse los gananciales á que se llama *conquistas* (2). Lo que no está prevenido por Fuero se suple con la legislacion de Castilla.

17. CATALUÑA. No se conoce la sociedad legal, pues lo que existe parecido en el campo de Tarragona no nace de la ley, sino de pacto ó costumbre, por las que se asocia á la mujer para sólo compras y mejoras.

18. VIZCAYA. La sociedad conyugal puede circunscribirse á sólo las ganancias, ó á éstas y á los capitales, en cuyo caso se llama comunidad; para que ésta exista es necesario que queden hijos ó descendientes vivos del matrimonio, y que los bienes no sean vinculados, porque si no hay hijos ni descendientes, los bienes raíces vuelven al tronco de donde partieron; lo mismo sucede con los muebles y la mitad de lo en ellos mejorado (3).

Los hijos del segundo matrimonio no concurren con los del primero á partir los bienes raíces en que el cónyuge superstite haya sido dotado; pero sí están obligados á pagar el premio de lo mejorado ó edificado.

---

(1) Ob. 2.ª, *Jure dotium*, lib. V. Sentencias del T. S., 5 Diciembre 66 y 27 Mayo 1872.

(2) Ley 2.ª, tít. X, lib. III de la *Nov. Recop. de Navarra.*—Ley 48, N. 71, y ley 5.ª de las Córtes de 1765 y 1766.

(3) Ley 1.ª, tít. XX de los *Fueros de Vizcaya.*

Los mejoramientos hechos en heredad que venga del tronco del marido, por su muerte irán á los herederos, que deberán pagar la mitad del tal mejoramiento.

El marido que administra los bienes ganaciales puede disponer de ellos sin licencia de la mujer, pero necesita de ella para vender los bienes raíces, muebles y semovientes que no sean de ganancia (1).

(1) Leyes 3.ª, 4.ª, 5.ª, 6.ª, 7.ª, 8.ª y 9.ª, tít. XX de los *Fueros de Vizcaya*.—10, título XLI del mismo.—Sentencia del T. S. de Justicia, 26 Junio 1857.

# LECCION XVII.

**Instituciones del Derecho civil.—De las personas.—**
**Matrimonio civil.—Continuacion.**

**SUMARIO.**

PATRIA POTESTAD. 1. Razon del método.—2 al 7. Orígen de la *Patria potestad.* —8. *Patria potestad* por Derecho natural.—9. Desarrollo histórico de la Patria potestad.—10. En Roma.—11 y 12. Influencia del cristianismo y de los pueblos germanos.—13 al 15. España, la *Patria potestad* por el *Fuero Juzgo* y las Partidas.—16. La *Patria potestad* legal, su definicion.—DERECHO COMUN. 17. Caractéres de la *Patria potestad.*— 18. Método de la ley del matrimonio civil. —19. Derechos del padre de familias con relacion á sus hijos.—20. Con respecto á las personas.—21. A los bienes.—22. Peculios, su definicion, sus clases.— 23. Castrense y cuasi castrense.— 24. Adventicio.—25. Profecticio.— 26. Modificaciones hechas por la ley del matrimonio civil.— 27. Por la hipotecaria, que garantiza al hijo la propiedad del adventicio.—DERECHO FORAL. 28. ARAGON.—29. NAVARRA.

1. Al ocuparnos de la familia en lecciones anteriores, dijimos que la constituian los cónyuges y los hijos habidos de su union; hemos hablado de las personas y bienes de los primeros, y ahora nos toca tratar de las personas y bienes de los segundos y de sus relaciones con aquéllos.

2. La naturaleza esencial del sér humano, el carácter por lo tanto especialísimo de la union de varon y de mujer, la perpetuidad de esa union, la necesidad imperiosa é imprescindible de que los hijos de ella habidos estén largo tiempo bajo el amparo y proteccion de los que les dieron el sér, son causas sobradamente poderosas para que entre padres é hijos se establezcan relaciones mutuas, que, como todas las que nacen de la razon, tienen el carácter ya de firmes y durables, ya de indisolubles y perpétuas, como las que existen entre los cónyuges.

3. Y esto es tan lógico, tan natural y tan conforme con la naturaleza integral del sér humano, que en todos los tiempos, en

todos los pueblos, en todas las civilizaciones se ha conocido, que todas las leyes han secundado el sabio y santo precepto de la ley natural. Segun ella, las relaciones entre padres é hijos tendrán que ser de autoridad, que ejercerán los primeros, y de dependencia, en que estarán los segundos, toda vez que la mision de aquéllos es proteger, educar y dirigir á éstos hasta que racionalmente estén en estado de vivir y regirse por sí, lo cual no podria tener lugar sin facultades en los padres y deberes en los hijos; pero es preciso tener muy en cuenta que esas facultades y derechos se traducen en obligaciones, como los deberes de los hijos se traducen á las veces en derechos.

4. Así, pues, derechos y deberes tienen los padres respecto á los hijos; derechos y deberes éstos respecto de aquéllos.

5. Sin gran esfuerzo podrémos señalar el carácter racional de las relaciones entre padres é hijos con sólo decir que mediante ellas se han de llenar los fines todos del matrimonio, y conservarse y perpetuarse la especie humana en todas las esferas de la vida; por lo tanto, que esas relaciones deben tener cierto carácter de igualdad entre padres é hijos, pero sin destruir el de superioridad que debe existir respecto al padre.

6. Cuando el Derecho natural ó racional era apénas conocido, se hacía sumamente difícil á las legislaciones positivas conciliar la igualdad de relaciones con la superioridad y autoridad del padre, y de aquí que en el proceso histórico de las edades las leyes á ellos relativas hayan sufrido cambios tan radicales.

7. Al poder, en virtud del cual el padre dirigiendo á sus hijos puede realizar los fines de la familia, se le ha llamado *Patria potestad*, que definirémos segun las reglas de la razon y segun las del Derecho.

8. PATRIA POTESTAD, por Derecho natural, es la «reunion de condiciones racionales en virtud de las que los padres dirigen á sus hijos, para que se desenvuelvan en todas las esferas de la vida racionalmente y realicen su destino.»

Decimos *condiciones*, y no *derechos*, porque, como hemos indicado, no son sólo derechos los que el padre tiene con relacion á sus hijos, sino deberes, y sin éstos aquéllos no existirian. En efecto, el sér racional no cumple los altos destinos que al Sér Supremo le plugo señalarle con sólo procrear hijos; como una consecuencia necesaria de la procreacion viene la de la conserva-

cion de la especie, que no podria conseguirse si el sér procreado quedase solo y absolutamente abandonado de los que le dieron el ser; así, pues, dêsde el instante en que un hombre nace, nace tambien de parte de los que le dieron la existencia el deber sagrado de conservarlo, protegerlo y velar por su existencia, y como el período en que el hombre nada puede por sí es muy largo, y en él no sólo se vive vida física, sino vida moral, racional é inteligente, de aquí que ese deber de conservacion sea muy complejo y abrace todas las manifestaciones de la existencia.

Obligados nosotros á observar la severa concision que la índole de estos trabajos exige, tenemos que contentarnos con ligeras observaciones, por lo que, prescindiendo de desarrollar la teoría natural de la Patria potestad, sólo dirémos que por Derecho natural lo mismo pueden y deben ejercerla el padre que la madre, puesto que ambos contribuyeron á la procreacion, y ambos tienen iguales deberes respecto al sér procreado; pero teniendo siempre en cuenta la necesidad de que haya en la familia unidad armónica de accion y pensamiento, y que tanto debe existir con relacion á los hijos legítimos como á los ilegítimos, sean de la clase que sean.

9. Sentados estos principios, que han de servirnos de punto de partida para el exámen de la *Patria potestad*, veamos cuál ha sido su desarrollo histórico al traves de los tiempos.

10. La *familia romana*, de creacion puramente legal, esencialmente distinta de la familia por Derecho natural, estaba fundada en la fuerza y en el poder; ya hemos visto cómo estas condiciones se revelan en las relaciones entre la mujer y el marido, pues del mismo modo se revelan en las del padre con los hijos. Jefe único de la familia, señor absoluto de ella, el *pater-familias* romano, como es sabido, no tenía deberes, sólo gozaba derechos sobre la mujer y sobre los hijos, aquélla y éstos sólo tenian ante él la existencia material de las cosas; de aquí los derechos omnímodos sin traba que el padre tenía por la ley y ejercia sobre los hijos, que los hacía de más dura y de peor condicion en el seno de la familia que á los esclavos mismos; de aquí el que la Patria potestad fuera exclusiva del padre, como era exclusiva del ciudadano romano, el que no se rompiese sino por un acto de la voluntad del padre, y que su rudo poder alcanzase tanto á las personas como á los bienes.

Empero las condiciones de ser políticas, sociales y religiosas del pueblo romano, que todas unidas influian en el carácter de la familia, se cambian y modifican con el tiempo, y la *Patria potestad* del Quirite se dulcifica.

11. El cristianismo, elevando á la mujer, sobreponiendo la nocion de deber á la de Derecho, y dando á conocer la naturaleza íntima y esencial del hombre, destruye por completo la familia romana, destruyendo el principio que la servia de base, la *fuerza*, para sustituirlo con el *amor*.

12. El carácter especial de los pueblos germanos, modificado, como ya hemos dicho, en sentido cristiano por sus constantes relaciones con la Roma cristiana, viene á precipitar el cambio profundo y radical que se operaba, y á crear la nueva familia, la familia cristiana y la *Patria potestad* moderna.

13. Miéntras el pueblo godo se asentaba en España y miéntras prevalecia el Derecho de castas, no podemos nosotros apreciar la institucion de la *Patria potestad* ni ninguna otra como verdaderamente indígena; pero cuando aquel gran pueblo promulga el FUERO JUZGO como el código general de la gente española, destinado á darle la unidad legal, ya vemos aparecer, ya podemos señalar la institucion que nos ocupa como verdaderamente española y verdaderamente moderna.

14. El *Fuero Juzgo*, aunque redactado por hombres que habian nutrido su inteligencia en la ciencia romana, prescinde por completo de la *Patria potestad* antigua, para crear la racional, la natural, la cristiana, y no sólo prescinde de los absurdos derechos que allí tenía el *pater-familias*, y no sólo establece deberes donde sólo derechos existian, sino que la concede á la madre cuando los padres faltan (1).

15. La familia española, tal y como el *Libro de los Jueces* la habia constituido, fué aceptada por los Fueros municipales y demas códigos, hasta que las *Partidas* vinieron á importar de nuevo los principios de la familia romana, y con ellos su Patria potestad; así, pues, desde las *Partidas* hasta nuestros dias, la Patria potestad española seguia las reglas de la romana, legalmente hablando, en todo aquello que la influencia irresistible de los tiempos no habia variado necesariamente, y de aquí que, segun

(1) Ley 13, tít. II, lib. IV, *Fuero Juzgo*.

nuestro Derecho, aunque modificado hoy en el sentido de nuestras antiguas leyes, se pueda definir (1):

16. La PATRIA POTESTAD: «La autoridad y proteccion, confiada por la ley al padre, y en su defecto á la madre, sobre sus hijos legítimos, legitimados y á veces sobre los adoptivos que no se hallen emancipados, para su alimentacion, educacion y utilidad de la familia.»

DERECHO COMUN.

17. Siguiendo, como hemos dicho, las leyes de Partida, la teoría romana respecto á la institucion que nos ocupa, y partiendo de ellas los códigos posteriores; olvidadas las disposiciones verdaderamente españolas del *Fuero Juzgo* y *Fueros municipales*, la Patria potestad correspondia exclusivamente al padre, al que investian de las atribuciones de *legislador*, *juez*, *señor* y *tutor* de sus hijos.

Como *legislador*, dicta reglas de conducta á la familia, premia á los hijos mejorándolos, y les nombra tutor.

Como *juez*, tiene el Derecho de corregirlos y castigarlos hasta privándoles de la herencia.

Como *señor*, lo es de su trabajo y de sus bienes.

Como *tutor*, cuida de su subsistencia y educacion, y los representa en juicio.

18. Hemos seguido esta clasificacion, porque está generalmente adoptada por todos los intérpretes, pero no porque nos parezca exacta ni verdadera. Cierto es que en Roma el padre tenía todas esas consideraciones y las ejercia en toda su extension, pero en España no puede decirse otro tanto, y preferimos, por lo mismo, la forma adoptada por la *ley del matrimonio civil*. En efecto, dada la *potestad* de los padres, por efecto de ella tendrán derecho:

1.º A que sus hijos legítimos no emancipados vivan en su compañía y sean por ellos representados en juicio.

2.º A corregirlos y castigarlos.

3.º A hacer suyos los bienes que adquieran con el caudal dado por los padres para cualquier industria, comercio ó lucro.

---

(1) Leyes 1.ª 2.ª y 3.ª, tít. XVII, Partida IV, *Fueros de Plasencia*, *Fuentes*, *Búrgos y otros.*

4.° A administrar y á usufructuar los bienes adquiridos por el hijo á título lucrativo ó por su trabajo ó industria (1).

Todas estas condiciones y las que despues verémos, son consecuencia precisa é indeclinable de la *potestad patria*, no de las de legislador, juez ni señor, pues realmente el padre ni legisla, ni juzga, ni tiene sobre los hijos dominio ni señorío; pero hemos dicho que de la pátria potestad nacen derechos y deberes recíprocos, y vamos á tratar de ella bajo este aspecto, comenzando por los derechos que asisten al padre con relacion á sus hijos.

19. *Los derechos del padre de familias* son, con respecto á las personas y á los bienes de los hijos :

20. 1.° *Con respecto á la persona*, el padre tiene el derecho de hacer que los hijos legítimos no emancipados vivan en su compañía; se reputan emancipados de derecho desde que cumplen la mayor edad ; de castigarlos y corregirlos moderadamente; de exigir obediencia de los no emancipados, y respeto y reverencia de los que lo estén (2).

21. 2.° *Respecto á los bienes:* sabido es que segun la legislacion romana, aceptada por las *Partidas*, el padre era señor de los hijos, y por lo tanto, absoluto propietario de su persona y de sus cosas, de las que jamas podia el hijo disponer; la necesidad de armonizar la potestad señorial del padre con los adelantos de la civilizacion y de la cultura romana dieron orígen á la institucion de los *peculios*, que fué aceptada por la legislacion española, y de la que vamos á ocuparnos.

22. *Peculio*, en su acepcion primitiva, eran los bienes que el señor daba en administracion al hijo ó al esclavo; despues, y hoy entre nosotros, es *el patrimonio que tienen los hijos de familia, independiente de los bienes del padre;* por nuestras leyes se conocen el *castrense*, *cuasi castrense*, *adventicio* y *profecticio*.

23. *Castrense* y *cuasi castrense* son: el primero, *el adquirido en la milicia;* el segundo, *en las carreras del Estado*, *ciencias* ó *artes liberales;* en ambos el hijo tiene todas las condiciones de padre de familia; es, por lo tanto, señor absoluto de ellos (3).

24. *Adventicio*, el adquirido por el trabajo del hijo, bienes de

---

(1) *Ley provisional del matrimonio civil*, artículos 64 y 65.
(2) *Idem id.*, art. 65, números 1.° y 2.°, art. 70.
(3) Leyes 6.ª y 7.ª, tít. XVII, Partida IV.

la madre, ascendientes maternos, extraños, ó por ventura ó *por compra hecha con cantidad adquirida por los medios expresados* (1). La propiedad es del hijo; el usufructo del padre con el derecho de reservarse la mitad, caso de emancipacion voluntaria, y las obligaciones de defender al hijo en juicio y fuera de él, y restituírselo íntegro si se casa (2).

El padre no puede enajenar los bienes en que consiste este peculio sin justa causa, aunque no sean necesarias las formalidades exigidas para la enajenacion de bienes de menores, pero quedando obligado el padre á restituir y resarcir al menor de los perjuicios que justifique haber sufrido por menoscabo ó enajenacion sin causa justa, constituyéndose al efecto hipoteca legal en los bienes del padre. Por una sentencia posterior se declaró que no se enajenasen estos bienes sin que los del padre quedasen hipotecados á la seguridad de lo vendido, y daños y perjuicios, pero que verificada la venta, sólo podian los hijos dirigirse contra el comprador, justificando que el caudal hereditario de los padres no era bastante á pagar los bienes vendidos, y renunciando ademas la herencia (3).

25. *Profecticio* es *el adquirido por los bienes del padre ó por su contemplacion;* en éste la propiedad y el usufructo corresponden al padre, al hijo sólo la administracion, si bien por justa causa podrá dar algo de él para dote de parientes inmediatos ó invertirlo en su educacion (4).

26. La institucion de los *peculios* ha sufrido modificaciones, tanto de la *Ley del matrimonio civil*, cuanto de la *hipotecaria*. La primera no habla para nada de los *castrense* y *cuasi castrense*, ocupándose sólo de fijar de una manera explícita la jurisprudencia sobre los *adventicios y profecticios*, respecto á los que dispone que tanto el padre, como la madre en su defecto, tengan el derecho :

1.° De hacer suyos todos los bienes que los hijos legítimos no

---

(1) Ley 5.ª, tít. XVII, Partida IV. Sentencia del T. S. de Justicia, de 14 de Enero de 1861.

(2) Ley 5.ª, tít. XVII, Partida IV.—Ley 3.ª, tít. V, lib. X, *Nov. Recop.*—Ley 15, tít. XVIII, Partida IV.

(3) Ley 24, tít. XIII, Partida V.—9.ª, tít. XIX, Partida IV.—Sentencias del T. S. de Justicia, de 13 Febrero y 30 Diciembre 1864, y 1.° Febrero 1867.

(4) Ley 5.ª, tít. XVII, Partida IV.—Ley 3.ª, tít. IV, Partida V.

emancipados adquieran con el caudal que hubiesen aquéllos puesto á su disposicion para cualquiera industria, comercio ó lucro.

2.° De administrar y usufructuar los bienes que los hijos hubieren adquirido por cualquier título lucrativo ó por su trabajo ó industria (1).

Como se ve por estos artículos de la *Ley del matrimonio civil*, sin hablarse de peculios, se hace en ellos notables variaciones; ya no es sólo *peculio profecticio* el que da el padre ó recibe el hijo por su contemplacion, sino tambien el que da la madre, y en ambos casos es propietario el padre, ó la madre en su defecto. Los bienes dados por la madre al hijo no forman ya *peculio adventicio*, sino *profecticio*, formándose aquél sólo con los bienes que el hijo adquiera por título lucrativo ó por su trabajo ó industria; pero es más aún : por nuestra antigua legislacion el padre tenía siempre la propiedad del peculio *profecticio* y de sus productos; la nueva ley les niega á los padres esta propiedad, así como el usufructo y la administracion en su caso, siempre que se trate de bienes adquiridos por la industria ó trabajo del hijo que no viva en su compañía, y que se considerará como emancipado (2). No habla la ley de los adquiridos por título lucrativo.

Tampoco concede á los padres propiedad ni usufructo cuando los bienes hayan sido legados ó donados al hijo para gastos de educacion ó instruccion , ó con condicion expresa de que aquéllos no los usufructúen, á no constituir los expresados bienes la legítima del hijo (3).

Finalmente, el padre por nuestro Derecho antiguo no tenía obligacion de dar caucion fructuaria por razon de peculio, y por la *Ley del matrimonio*, al par que se les imponen todas las obligaciones del usufructuario, excepto la fianza, se les exige ésta si pasan á segundas nupcias, y en todo caso la de formalizar inventario de los bienes de los hijos que sólo administraren, con intervencion del Ministerio fiscal (4).

27. Antes que la *Ley del matrimonio*, la *hipotecaria* habia señalado una hipoteca legal á favor del *peculio;* claro es que ésta

---

(1) *Ley provisional del matrimonio civil*, art. 65. Números 3 y 4.
(2) *Idem id.*, artículos 66 y 67.
(3) *Idem id.*, art. 68.
(4) *Ley provisional del matrimonio civil*, art. 69.

no alcanza al *castrense* y *cuasi castrense*, ni al *profeticio;* no á los dos primeros, porque nada tiene que ver con ellos el padre; no al último, porque de éste es todo ménos la administracion; pero como en el *adventicio* la propiedad es del hijo, la ley la garantiza con una hipoteca especial, legal, sólo respecto de los bienes muebles que le constituyan, porque los inmuebles se *inscribirán*, si ya no lo estuvieren, á favor del hijo con expresion de esta circunstancia (1).

Esta hipoteca legal especial se constituirá sobre los bienes del padre si éste los *administra*, y ademas si *pudiere*, esto es, si *tuviere bienes hipotecables;* y si fueren éstos insuficientes, la constituirá sobre ellos, sin perjuicio de ampliarla á otros que despues adquiera, si se le exige (2).

La *Ley hipotecaria* fija tambien quiénes son los que únicamente tienen derecho á pedir esta hipoteca legal, distinguiendo el caso de que el hijo sea mayor ó menor de edad; en el primero sólo el hijo puede pedirla; en el segundo, y á su nombre, 1.°, el que con sus bienes constituyó el *peculio;* 2.°, sus herederos ó albaceas; 3.°, los ascendientes del menor; 4.°, la madre legalmente separada del marido. Teniendo obligacion de hacerlo el guardador, y si las personas ántes indicadas se anticiparen, se dará al curador conocimiento del expediente, que no se podrá resolver sin su audiencia (3). Estas disposiciones son aplicables á la madre cuando por defecto del padre tenga la patria potestad, pero el marido de la madre no está obligado á hipotecar (4).

## DERECHO FORAL.

28. Aragon. No se reconoce por su Derecho foral la patria potestad, pero debe entenderse que el Derecho aragonés se refiere á la patria potestad romana, y tal cual la plantearon las leyes de Partida (5). Así, pues, aunque segun el Fuero no representen á sus hijos sino en concepto de tutores, y si el menor no le tiene, se le nombrará curador *ad-litem*, aunque el hijo mayor de cator-

---

(1) *Ley hipotecaria reformada*, artículos 202 y 162, § 2.°
(2) *Idem id.*, artículos 202 y 203. *Reglamento para su ejecucion*, art. 143.
(3) *Idem id.*, artículos 204, 205 y 206.
(4) *Idem id.* id., 134, § 1.° y 2.°
(5) Observ. 2.ª *Ne pater ne mater, pro filio*, lib. II.

ce años y menor de veinte pueda por sí otorgar testamento, codicilo, capitulaciones matrimoniales, donaciones *propter nuptias;* aunque los padres no sean responsables de los actos ú obligaciones que sus hijos contrajeren, la verdad es que el padre tiene sobre sus hijos natural y civilmente ciertos derechos como autoridad doméstica y disciplinaria, al ménos hasta los catorce años, puesto que el hijo no puede abandonar la casa paterna ni disponer de su propia persona, y si lo hiciere podrá el padre obligarlo á salir de donde se encontrase; y la jurisprudencia del Tribunal Supremo interpretando el Fuero, impone á los padres la obligacion de cuidar de la persona y bienes de sus hijos ínterin el juez no les nombre tutor; y declara tambien que sólo les está permitido disponer de sus bienes, por testamento ó codicilo, cuando hubieren cumplido los catorce años (1).

29. Navarra. En su Fuero se confunden la tutela con la patria potestad; tan imperfecta es ésta, y es de notar que si el padre casa por segunda vez, los hijos salen de su poder; y si son menores, reciben tutor ó curador (2).

---

(1) F. 3. Ob. 2.ª y 3.ª *De tutoribus*, lib. v. F. *Ut minor viginti*, lib. v. Observacion de 1564. F. único, 5 *De pater vel mater.*—Sentencia del T. S. de Justicia de 28 de Febrero 1860; 19 Junio 1861 y 15 Octubre 1872.

(2) Ley 1.ª, tít. I, lib. III, *Nov. Recop. de Navarra.*

# LECCION XVIII.

**Instituciones del Derecho civil.—De las personas.—**
**Matrimonio civil.—Continuacion.**

---

**SUMARIO.**

MODO DE CONSTITUIRSE LA PATRIA POTESTAD. 1 y 2. Por el nacimiento y por hechos posteriores, matrimonio, legitimacion, adopcion.—3. *Legitimacion, sus especies, su fin, reconocimiento.*—4. Division de los hijos legítimos é ilegitimos.—5. *Hijos legítimos.*—6 y 7. Legislacion novísima del matrimonio civil.—8. Hijos ilegítimos, sus clases.—9 y 10. Hijos naturales: qué sean.—11. Necesidad del reconocimiento y jurisprudencia del Tribunal Supremo.—12. Hijos *espúreos*, sus clases.—13. Qué hijos ilegítimos pueden ser legitimados.—14. De la legitimacion de los hijos incestuosos.—15. Clases de legitimacion en España.—16. Por subsiguiente matrimonio.—17. Por autorizacion Real.—18. Legitimacion de los expósitos.—19. Efectos de la legitimacion.— DERECHO FORAL.—20. ARAGON.—21. NAVARRA.—22. CATALUÑA.

1. En la anterior leccion nos hemos ocupado de la PATRIA POTESTAD y de sus efectos, relativos, no sólo á la persona, sino tambien á los bienes de los hijos; veamos ahora cómo la *potestad patria* se constituye, y despues indicarémos cómo termina.

2. Constitúyese, segun el Derecho civil, la *patria potestad*, ó por el nacimiento de un hijo, ó por actos posteriores al nacimiento, y hemos dicho segun el Derecho civil, porque por Derecho natural el nacimiento es el que sólo y en todo caso la constituye. Segun hemos ya indicado, el nacimiento de un hijo habido en matrimonio es el que le coloca bajo el poder paterno; pero hay otros dos hechos posteriores puramente jurídicos que dan igualmente la *patria potestad*, y son la *legitimacion* y la *adopcion*, de los que, habiendo ya tratado del matrimonio, vamos á ocuparnos ahora separadamente.

3. LEGITIMACION. *Es un acto por el que se supone que los hijos naturales han nacido de legítimo matrimonio.*

Puede hacerse por *subsiguiente* matrimonio ó por *autorizacion Real.*

El fin de la legitimacion es destruir los obstáculos que se oponen á que los hijos naturales gocen los mismos derechos que los legítimos.

Es distinta del *reconocimiento*, que sólo obliga al padre á dar alimentos, miéntras la legitimacion iguala á los hijos naturales con los legítimos.

4. Para poder estudiar la legitimacion es preciso ante todo fijar las clases de hijos que reconoce la ley; segun ella, se hace una division capital en LEGÍTIMOS é ILEGÍTIMOS, subdividiéndose éstos en *naturales* y *espúreos.*

5. Hijos *legítimos* son, como hemos indicado, los habidos de legítimo matrimonio. La ley de matrimonio civil, con objeto sin duda de esclarecer y fijar la materia, dicta reglas precisas en la parte primera, seccion segunda de su capítulo quinto, diciendo que se presumirán hijos legítimos los nacidos despues de los ciento ochenta dias siguientes á la celebracion del matrimonio, y ántes de los trescientos siguientes á la disolucion ó separacion de los cónyuges, aunque la madre hubiera declarado contra su legitimidad, ó hubiera sido condenada como adúltera, sin admitirse contra la disposicion enunciada otra prueba que la de no haber podido tener el marido acceso con su mujer, por imposibilidad física, en los primeros ciento veinte dias de los trescientos que hubieran precedido al nacimiento (1).

6. La disposicion legal está de acuerdo con toda la doctrina sentada respecto á impedimentos, y con lo que hoy alcanza en la materia la ciencia médica, cierra la puerta á dudas y cuestiones, y favorece la legitimidad de los hijos, y, por lo tanto, la moralidad de la familia, no aceptando la declaracion contraria de la madre. Ademas ha de haber nacido el hijo con figura humana, vivido veinte y cuatro horas enteramente desprendido del seno materno; ni exige ni podia exigir la ley, como lo hacian las antiguas, el bautismo (2).

7. El hijo nacido fuera de los términos señalados en párrafos

---

(1) *Ley prov. del matrimonio civil*, artículos 56 y 57.
(2) *Idem id.*, art. 60.

anteriores, se presumirá ilegítimo (1); pero queriendo aún la ley favorecer la legitimidad, lo tendrá por legítimo si:

El marido ántes de casarse sabía el embarazo de su mujer.

Consintió, estando presente, que se le pusiera su apellido en la partida de nacimiento.

Si lo reconoció como suyo expresa ó tácitamente; y se entenderá que lo ha hecho, si deja pasar dos meses desde que tuvo noticia del nacimiento, sin reclamar (2).

Tanto el marido como sus herederos podrán desconocer la legitimidad del hijo nacido despues de los trescientos dias de disuelto el matrimonio; pero el hijo y su madre podrán tambien justificar la paternidad (3).

La accion para reclamar el hijo su legitimidad es imprescriptible, y se trasmitirá á sus herederos si hubiese muerto dentro del quinto año de su mayor edad ó entablada la accion (4).

La legitimidad se probará:

1.° Por la partida de nacimiento. Debiendo advertir que si se presentan en contradiccion una partida de matrimonio y otra de nacimiento hará prueba ésta sobre aquélla, por ser el documento esencialmente destinado á consignar el nacimiento (5).

2.° Por la posesion constante del estado de legitimidad.

3.° Por testigos, si existe un principio de prueba documental.

8. *Hijos ilegítimos* hemos dicho que son *naturales* y *espúreos*.

9. Por hijos *naturales* se entiende *los habidos de padres que al tiempo de la concepcion ó del parto podian casarse justamente y sin dispensa, con tal que el padre los reconozca por suyos, aunque no haya tenido en casa la mujer de quien los hubo ni sea una sola* (6). Esta definicion es la de las leyes de Toro, que vinieron á alterar profundamente las de Partida, y que á su vez lo han sido posteriormente, como verémos, por Reales cédulas que permiten con ciertas condiciones las legitimaciones de los hijos incestuosos, completamente desconocidas en la ley de Toro

---

(1) *Ley prov. del matrimonio civil*, art. 58.

(2) *Idem id.*, artículo 58, circunstancias 1.ª, 2.ª y 3.ª

(3) *Idem id.*, art. 59.

(4) *Idem id.*, art. 62.

(5) *Idem id.*, art. 61.

(6) Sentencia del T. S. de Justicia de 21 de Abril de 1865, y Ley 11 de *Toro*; 1.ª, tít. V, lib. X, *Nov. Recop.*

citada. A pesar de todo, las cuestiones relativas á hijos naturales deben ser siempre resueltas por la ley de Toro.

10. En efecto, las leyes de Partida sólo reconocian como hijo natural al nacido de barragana, siempre que fuera una sola, y no hubiese entre ella y el que la tenía como tal, impedimento alguno, aunque éste no la tenga en su casa. La ley de Toro desconoce la barraganía, si bien exige las mismas condiciones que la ley de Partida, y ademas el *reconocimiento* (1).

11. Que no es necesario que sea expreso, bastando que conste por cualquiera de los medios probatorios, de modo que no quede duda, y ademas que se haga espontáneamente por el padre, ó en caso de omision ó resistencia, por ejecutoria, no bastando la simple partida de bautismo, ni nota puesta tiempo despues del nacimiento en los libros parroquiales. El reconocimiento ha de ser del padre; el de la madre no es necesario (2), toda vez que el que va á adquirir obligaciones es el padre, pues la madre ya las tenía y no adquiere otras nuevas.

La cuestion relativa á la consideracion y derechos de los hijos naturales ha sido muy debatida entre los tratadistas de filosofía del Derecho, queriendo unos que se les concedan casi todos los derechos que á los legítimos, y fundándose para ello en que nadie es responsable, ni puede ser perjudicado por actos ajenos, y otros, tomando la cuestion bajo el punto de vista de alta moralidad, sostienen que entre los hijos naturales y los legítimos debe hacer la ley profundas diferencias, no como castigo á los que han tenido la desgracia de nacer de ayuntamientos ilegítimos, sino á los padres, cuyo cariño no podrá ver impasible la falsa posicion en que han colocado á esos seres siempre queridos, con su falta. Para ampliar estas indicaciones puede acudirse á los tratadistas de Derecho natural (3).

12. Por hijos *espúreos* se entiende todos los demas ilegítimos, y son: *incestuosos*, los habidos entre parientes que no podian casarse sin dispensa; *adulterinos*, los habidos de mujer casada y

(1) Ley 1.ª, tít. XV.—Ley 2.ª, tít. XIV, Partida IV.—Ley 8.ª, tít. XIII, Partida VI. Sent. del T. S. de Justicia de 10 de Mayo de 1860 y 26 de Setiembre de 1867.

(2) Sentencias del T. S. de Justicia de 24 de Febrero y 30 de Junio 1865.—16 Abril y 28 Junio de 1864; 8 de Octubre de 1853; 26 de Enero y 13 de Junio de 1862; 2 de Marzo, 20 de Abril, 16 de Setiembre, 9 de Octubre de 1865; 14 de Junio de 1870, y 5 de Noviembre de 1871.

(3) Belime, tom. II, pág. 145.

hombre casado ó soltero; *sacrílegos*, los habidos de personas ligadas con profesion religiosa ú órden sagrado; *mánceres*, los de mujer prostituida. A todos llama la ley de Partida *fornecinos*, si bien hace de éstos várias divisiones (1).

13. La sola definicion que hemos dado de la *legitimacion* basta para comprender que sólo los hijos naturales pueden ser legitimados, puesto que son los únicos que pueden suponerse nacidos con condiciones de legítimos. La ley de Toro citada está muy clara al definir los hijos naturales, y, sin embargo, hoy surgen dos graves cuestiones respecto á su aplicacion: es la primera, si podrá ser legitimado por considerársele como natural el hijo engendrado en adulterio, pero nacido cuando la mujer era libre, toda vez que la ley de Toro dice de la *concepcion ó del nacimiento*, hablando de los tiempos para fijar la condicion de los hijos, y el Tribunal Supremo, contra los que creian que esto hacía referencia á las herencias, ha declarado que la ley 11 de Toro tiene necesaria aplicacion para resolver las cuestiones acerca de las calidades de los hijos para que se estimen naturales (2). Pero estos hijos, aunque se considerasen naturales, no podrian ser legitimados por subsiguiente matrimonio, si el adulterio habia sido declarado por sentencia firme, porque éste es un impedimento para celebrar el matrimonio y no es dispensable, de modo que ni áun los hijos pueden ser considerados como naturales (3).

14. Es la segunda cuestion relativa á la *legitimacion* de los hijos *incestuosos*, que segun la ley de Toro no eran naturales, ni podian ser, por lo tanto, legitimados; pero que hoy pueden serlo por matrimonio subsiguiente prévia dispensa (4).

15. Hemos dicho que la legitimacion puede ser por *subsiguiente matrimonio* y por *autorizacion Real*.

16. El matrimonio subsiguiente al nacimiento del hijo natural lo legitima, reduciéndolo al poder paterno, y dándole todos los derechos de los legítimos; pues desde aquel acto, como tales

---

(1) Leyes 1.ª y 2.ª, tít. XV, Partida IV.— Ley 1.ª, tít. XVII, Partida VII.—*Cod. pen.*, art. 358.

(2) Sentencia del T. S. de Justicia de 26 de Setiembre de 1867.

(3) *Ley prov. del matr.*, art. 6.º N. 7.

(4) Reales cédulas de 1803 y 1837. Sent. del T. S. de Justicia de 12 de Diciembre de 1865.

los reconoce la ley (1). Y tanto es esto así, que tienen aptitud legal para subceder en los vínculos y mayorazgos á que están llamados los hijos legítimos y nacidos de legítimo matrimonio, á no ser que la escritura de fundacion los haya excluido expresamente (2).

Por el sólo hecho del matrimonio quedan los hijos naturales legitimados, aunque entre su nacimiento y el matrimonio de sus padres haya habido otro matrimonio intermedio; y tal fuerza tiene el matrimonio, que aunque los hijos naturales no existan, quedarán legitimados sus descendientes (3).

La legitimacion por subsiguiente matrimonio es sin duda alguna la más natural y más comun, pero puede suceder que esta forma sea imposible por haber muerto alguno de los padres, ó por otra razon poderosa, y para estos casos las leyes han creado otra clase de legitimacion, de la que vamos á ocuparnos en los párrafos siguientes.

17. Por *autorizacion Real* se legitiman los hijos que no pueden serlo por subsiguiente matrimonio; la concede el Rey por causas justas, da la *patria potestad* y recae sobre los hijos naturales definidos por la ley 11 de Toro, y se extiende á algunos hijos, cuyos padres no podrian contraer matrimonio. Una Real cédula la hacía extensiva á los hijos de casados y de clérigos, aunque respecto á estos últimos, si hubiere sido concebido despues de haber recibido el padre las órdenes sagradas, no podrá hoy tener lugar (4).

La legitimacion que nos ocupa es una de las gracias que se conocen con el nombre de *al sacar*, y segun algunos autores, deben regirse por las cédulas y leyes á ella relativas, más bien que por la ley general de la legitimacion; por eso creen algunos que esta legitimacion alcanza á todos los ilegítimos, pero especialmente á los hijos de clérigos, de casados y de caballeros profesos de las Ordenes militares; pues la Real cédula sobre gracias *al sacar* (5)

(1) Sentencia del T. S. de Justicia de 2 de Abril y 17 de Junio de 1871.

(2) Gregorio Lopez, Glosa 9.ª á la ley 1.ª, tít. XIII, Partida IV.—Antonio Gomez, *Comentario á la ley* 12 *de Toro*.

(3) Ley 1.ª, tít. XIII, Partida IV.—Ley 9.ª, tít. XV de la misma Partida.—Ley 7.ª, tít. XX, lib. X, *Nov. Recop.*

(4) Real cédula de 21 de Diciembre de 1700.—Ley de 14 de Abril de 1838, artículos 6.º y 8.º—Real decreto de 5 de Agosto de 1818.

(5) Real cédula de 21 de Diciembre de 1800.

fija el servicio pecuniario con que por cada una de estas legitimaciones se ha de contribuir. Cierto es, en efecto, que éstas son las disposiciones de la Real cédula, pero lo es tambien que en otras disposiciones legales posteriores parece que se han derogado aquéllas; en efecto, una ley posterior (1) sólo permite al Gobierno la legitimacion de los hijos naturales definidos en la *Ley de Toro*, y otra disposicion legal al señalar las cantidades con que se ha de contribuir por las gracias *al sacar*, sólo menciona á los hijos naturales (2).

Para que pudieran verificarse las legitimaciones por *autorizacion Real*, exigia el *Fuero Real* que no tuviera hijos legítimos el padre; esta ley no está en uso; pero el padre al pedir la legitimacion ha de expresar si tiene ó no hijos de legítimo matrimonio (3).

Puede acontecer que despues de legitimados algunos hijos por el poder Real, le naciera al padre algun hijo legítimo de legítimo matrimonio; en este caso, nuestra antigua legislacion anulaba la legitimacion (4), y, por lo tanto, el hijo legitimado perdia todos sus derechos. Las *Leyes de Toro*, si bien lo privan de heredar por testamento y *abintestato* á sus padres y demas ascendientes en concurrencia con los legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio, pueden percibir el quinto de los bienes de su padre y concurrir á la sucesion de sus parientes colaterales (5).

Áun en los casos en que la legitimacion que nos ocupa no pueda tener lugar, el poder ejecutivo puede otorgar á los hijos ilegítimos algunas gracias y mercedes, tales como la de tener ciertos oficios, llevar el apellido del padre, las armas de su familia y algunas otras (6).

Para pedir esta legitimacion, como pueden hacerlo el padre y los hijos, se necesita, cuando lo haga el primero, obtener el consentimiento del hijo, que si fuere menor, podrá reclamar en llegando á la edad de la pubertad (7).

Cuando sea el hijo el que lo pida, por haber muerto su padre, deberá acreditar que éste no dejó hijos legítimos; que le institu-

(1) Ley de 14 de Abril de 1838.
(2) Real decreto de 5 de Agosto de 1818.
(3) Ley 5.ª, tít. VI, lib. III, *Fuero Real*.
(4) Leyes 5.ª, tít. IV, lib. III; 1.ª y 7.ª, tít. XXI, lib. IV del *Fuero Real*.
(5) *Ley 12 de Toro* y *Comentarios á la misma*, de Llamas, Tello y Molina.
(6) Auto 9, tít. VI, lib. I de la *Nueva Recop.*
(7) Ley 4.ª, tít. XV, Partida IV.

yó heredero, y que manifestó de una manera probada sus deseos de legitimarle (1).

Tambien en vida del padre podrá el hijo pedir su legitimacion y concedérsele, pero sin opcion á la herencia.

Para conseguir esta dispensa de ley, los que la soliciten deberán acudir á S. M. por conducto de la Audiencia territorial, donde se formará un expediente en que conste: 1.º, que el hijo ha nacido fuera de matrimonio; 2.º, que es hijo natural, segun la *ley de Toro*, y 3.º, que carecen sus padres de hijos legítimos. La Audiencia remitirá al Gobierno la solicitud documentada, y si éste lo tiene á bien, de Real órden lo devolverá á la Audiencia, para que ésta informe acerca de su utilidad.

El Tribunal superior pasará el expediente al de partido (Juez de 1.ª instancia) del domicilio del solicitante, para que prepare la informacion, conforme está prevenido en la *ley de Enjuiciamiento civil* (2).

Practicada la informacion, se entregará al promotor fiscal para que emita su censura por escrito, consignando expresamente hallarse acreditado el conocimiento de los testigos; devuelto al juez, la remitirá con su informe á la Audiencia, que despues de oir al fiscal de S. M., la pasará con su dictámen al Gobierno (3).

S. M., no presentándose obstáculo alguno, podrá mandar, prévio el pago de la gracia, que se expida el título de legitimacion, de cuyos pagos, que son de doscientos ducados para heredar, de ciento cincuenta para ejercer oficios públicos que exijan legitimidad, y de ciento para uno determinado, no podrá el Gobierno dispensar sin que para ello le autorice el poder legislativo (4).

18. Ademas de las dos clases de legitimacion expresadas, las leyes españolas conocen la de los expósitos, que tiene lugar por virtud de la ley que los declara no sólo legítimos, sino comprendidos en la primera clase social para lo relativo á la imposicion de castigos; hoy no tiene lugar esto último, puesto que no existe esa diferencia de clases (5).

---

(1) Ley 6.ª, tít. XV, Partida IV.

(2) Real órden de 11 de Abril de 1838.—*Ley de Enjuiciamiento civil*, artículos 1335, 1336 y 1337.

(3) *Ley de Enjuiciamiento civil*, artículos 1338 al 1340; 1345 al 1349, y 1341 al 1344.

(4) Real decreto de 5 de Agosto de 1818 y ley de 14 de Abril de 1838.

(5) Ley 4.ª, tít. XXXVII, lib. X de la *Nov. Recop.*

19. *Efectos de la legitimacion.* Éstos son : purgar la nota de ilegitimidad, dar á los hijos el derecho de sucesion si se hizo por subsiguiente matrimonio, y el mismo derecho en defecto de legímos ó legitimados en esta forma, si se hizo por autorizacion Real, que sólo produce efectos civiles, y por la que se pagan los servicios señalados en los aranceles (1), que hemos indicado.

## DERECHO FORAL.

20. ARAGON.—No definen las leyes de Aragon al hijo natural, pero indican que si el padre negase que era suyo, la madre ó el hijo podrán probar con testigos idóneos que una ó muchas veces le reconoció como suyo, y como á tal le hubo y trató (2).

21. NAVARRA.—No expresándose en su Fuero las condiciones que han de tener los hijos naturales, rige en esta materia la legislacion romana, y serán, segun ella, los nacidos de mujer que viva con el padre en la misma casa, que sea única, y que ambos sean libres y sin impedimento para contraer matrimonio (3).

Estos hijos naturales pueden pretender de su padre el reconocimiento y llevar desde luégo su apellido (4).

Si las madres quisieren criar á sus hijos bastardos, los padres, si los hubieran reconocido, deberán pagarles la soldada que segun el uso del país se da á una nodriza (5).

22. CATALUÑA.—Así como en Navarra, las leyes catalanas no se ocupan de los hijos naturales; pero como en la primera éstos se definen por la legislacion romana, en la segunda se ha de estar á las prescripciones del Derecho canónico ; segun ellas, son hijos naturales todos los que no son adulterinos, por más que el Tribunal Supremo ha aclarado esta doctrina diciendo que lo son los de padre y madre que pudieran contraer matrimonio (6).

---

(1) Leyes 5.ª y 6.ª, tít. V, lib. X *Nov. Recop.*—Ley 4.ª, tít. XV, Partida VI.—Real cédula de 11 de Diciembre de 1800.—Ley de 14 de Abril de 1838, art. 4.º

(2) *F. de natis ex damnato coitu*, lib. V, y Sentencia del T. S. de Justicia de 4 de Abril de 1865.

(3) Sentencia del T. S. de Justicia de 17 de Junio de 1865.

(4) Novell, 74, cap. I.

(5) *Fuero gen. de Nav.*, cap. I, tít. V, lib. IV.

(6) Decretal, cap. IV y VI, *qui fil sint legit*, tít. XVII, lib. IV.

# LECCION XIX.

**Instituciones del Dereche civil. — Personas.— Matrimonio civil.—Continuacion.**

**SUMARIO.**

*Tercer modo de constituirse la Patria potestad.* ADOPCION. 1 y 2. Indicaciones históricas.—3. Adopcion : qué sea.—4. Sus clases.—5. Arrogacion.—6. Circunstancias.—7. Derechos del arrogador y del arrogado.—8. Adopcion en sentido estricto.—9. Adopcion plena y ménos plena.—10. Profijamiento de los expósitos.—11. Personas que pueden adoptar.—DERECHO FORAL. 12. ARAGON.

1. Tanto el *matrimonio* cuanto la *legitimacion*, al propio tiempo que orígen de los lazos civiles que constituyen la familia, lo son de los lazos que forman la familia natural; la *adopcion*, por el contrario, forma una familia civil, pero no una familia natural.

2. En Roma, donde sobre la familia natural estaba la familia civil, donde por muchas causas políticas, civiles y religiosas no sólo era á veces una necesidad crearse esa familia legal, sino que por los cambios que el hombre sufria, segun las condiciones del *pater-familias*, bajo cuya *potestad* se encontraba, convenia en muchas ocasiones variar de familia, la *adopcion* en sus diversas formas era muy importante. En España, donde ninguna de estas razones existe, aunque importada por las leyes de Partida, es poco frecuente y de importancia escasa.

3. Por *adopcion* se entiende *un acto, en virtud del que se recibe por hijo al que no lo es por naturaleza* (1).

La adopcion, tanto en Derecho romano como en Derecho español, es una ficcion de la ley, y por lo tanto, debe tener términos hábiles para existir; de aquí el axioma que la sirve de base, y es

(1) Ley 1.ª, tít. XVI, Partida IV.

*que imita á la naturaleza*, del cual, y como consecuencias, se desprende toda la teoría.

4. Al examinarla tratarémos de las dos clases de adopcion, que se conocen con los nombres de *arrogacion* y *adopcion en especie*, y de las personas que pueden *adoptar*, en general hablando.

5. Por *arrogacion* se entiende *el acto por el que con autorizacion Real se reducen á patria potestad los que están fuera de ella* (1).

6. Para que tenga lugar es necesario :

1.º El consentimiento del arrogador y del arrogado; pues sólo por su voluntad puede despojarse á éste de la consideracion civil de hombre *sui juris*, y someterle á la patria potestad.

2.º La autorizacion real, que se concederá por justa causa expresada si el arrogado es menor de catorce años.

3.º Otorgamiento por el arrogador de obligacion á devolver los bienes del arrogado si muere ántes de la pubertad.

No pueden ser arrogados los infantes, porque no pueden consentir : los pupilos por sus guardadores, sino despues de haber aquéllos cumplido veinticinco años, y rendido cuentas éstos (2).

7. Los arrogadores tienen el derecho de patria potestad sobre el arrogado, y el usufructo de sus bienes miéntras esté el arrogado en su poder.

Los arrogados tienen derecho á suceder por testamento y abintestato á los bienes del arrogador que no tiene descendientes ni ascendientes legítimos, ó en el tercio ó quinto si los tienen; á no poder ser desheredados sino por justa causa, devolviéndoseles todos sus bienes, y ademas las ganancias y cuarta parte de los bienes del arrogador, si la desheredacion fué sin causa justa; á no ser emancipados sin justa causa, y recobrando todos sus bienes (3).

8. *Adopcion* en sentido estricto *es el acto por el que con autoridad judicial recibimos por hijo al que está en poder de su padre legítimo :* es necesario el consentimiento del padre natural, del adoptante y del adoptado, aunque sea tácito (4).

9. Es esta adopcion *plena* ó *ménos plena : Plena* la hecha por

---

(1) Leyes 1.ª, 4.ª y 8.ª, tít. XVI.—Ley 7.ª, tít. VII, Partida IV.

(2) Leyes 4.ª y 6.ª, tít. XVI, Partida IV.

(3) Leyes 7.ª y 8.ª, tít. XVI, Partida IV.

(4) Leyes 1.ª y 9.ª, tít. XVI, Partida IV.—Ley 91, tít. XVIII, Partida III.

un ascendiente varon y da la patria potestad; *ménos plena* por un extraño, y el derecho de patria potestad queda en el padre natural (1), y da derecho á heredar al adoptante si no tiene ascendientes ni descendientes.

10. La *adopcion* ó profijamiento de los niños expósitos ó abandonados es hoy la más comun, y la otorgan las Juntas provinciales de beneficencia, que vuelven á su poder el huérfano, si ven que la adopcion puede perjudicarles (2).

Por más que este profijamento fuera de antiguo conocido, no habia sido regularizado de una manera clara y distinta hasta que la ley de Beneficencia de 22 de Enero de 1822, y el Reglamento de 14 de Mayo de 1852, dictaron reglas para ella. Comienzan por fijar quiénes son los niños verdaderamente abandonados, y dice que lo son aquellos que han sido desamparados en absoluto por sus padres ó que los hubieran perdido sin que ningun pariente ó personas extrañas los haya recogido con intencion de criarlos. Estos niños y los expósitos no reclamados por sus padres son los que pueden ser prohijados por persona honrada y que, á juicio de la Junta Municipal de Beneficencia, tengan medios para mantenerlos, pudiendo las mismas Juntas hasta negar la entrega á los padres reclamantes, si hay fundados motivos para creer que los criáran mal (3).

El que prohija un expósito ó desamparado se obligará á tenerle en su casa y compañía, proveerle de alimento y vestidos y darle la enseñanza y educacion necesarias y correspondientes.

Estos deberes por parte del adoptante no traen el derecho correlativo de poderse servir del adoptado como de un criado, ni señorío ó poder de ninguna clase sobre él, si bien no puede prescindirse de que le exija la honra y reverencia que es debida á un padre (4), y tanto es esto así, que las Juntas no se desnudan nunca, como hemos dicho, de la alta inspeccion que les corresponde, y cuando comprenden que se vulneran en algo los derechos del prohijado ó que se le perjudica, pueden volverle á tomar bajo su proteccion y amparo (5).

(1) Leyes 9.ª y 10, tít. XVI, Partida IV.

(2) Ley de 6 de Febrero de 1822, artículos 65 y 66.

(3) *Ley de Beneficencia* de 22 de Enero de 1822, artículos 58, 65 y 69.—Reglamento de 14 de Mayo de 1852, artículo 22.

(4) Leyes 2.ª y 3.ª, tít. II, Part. IV.—Ley de 22 de Enero, artículos 64 y 65.

(5) Ley citada, art. 66.—Reglamento, art. 23.

El adoptante no podrá nunca reclamar los gastos hechos con el expósito adoptado, aunque éste pudiera ú otras personas en su nombre satisfacerlos, si al verificarse la adopcion no se reservó este derecho, y sólo en el caso de que los padres del expósito lo reclamáran, en el cual claro es que la adopcion termina, podrán, con intervencion de las Juntas de Beneficencia, acordar entre unos y otros la manera de indemnizar los gastos hechos (1).

11. Podrán adoptar todos los que no tienen un impedimento que los inhabilite para ser padres; así están excluidos los que tienen un impedimento para la procreacion que no sea accidental; el adoptante que no exceda al adoptado en diez y ocho años si lo adopta como hijo, y en treinta y seis si como nieto; las mujeres, excepto si perdieron un hijo en defensa del Estado. Los que tienen descendientes legítimos y los que están en Patria potestad (2), como hemos visto es impedimento para el matrimonio.

## DERECHO FORAL.

12. Aragon. Puede el padre, aunque tenga hijos legítimos, adoptar á cualquier extraño (3).

---

(1) Ley, art. 68.—Reglamento, art. 25.

(2) Leyes 2.ª, 3.ª, y 4.ª, tít. XVI, Partida IV.—Leyes 1.ª y 3.ª, tít. XXI, lib. IV *Fuero Real.*

(3) *Fuero único de actionibus.* Observ. 27 *De general. priv.*

# LECCION XX.

**Instituciones del Derecho civil.—De las personas.—Matrimonio civil.—Continuacion.**

**SUMARIO.**

MODOS DE PERDERSE LA PATRIA POTESTAD. 1. Referencia de la ley del matrimonio civil.—2. Causas por que se extingue la Patria potestad.—3. La muerte.—4. Pérdida de la nacionalidad.—5. Profesion religiosa.—6. Dignidad del hijo.—7. Delito del padre.—8. Emancipacion, sus clases.—9. *Emancipacion voluntaria.*—10. *Legal.*—11. *Forzosa.*—12. Por razon de edad. Legislacion antigua. Legislacion novísima.—13. Suspension de la Patria potestad.—14. De la obligacion de dar alimentos.—15. Su extension.—16. Cuándo cesa.—17. De los modos de probar el matrimonio.

1. Nos hemos ocupado de la *Patria potestad* relativamente á sus efectos y modo de constituirse; tócanos ahora tratar de cómo se disuelve. La ley del matrimonio civil no hace más que una referencia, diciendo que la Patria potestad se suspende ó extingue en los casos que las leyes determinen; así, pues, á nuestra legislacion antigua debemos acudir para resolver la cuestion, fijándonos desde luégo en si el poder de los padres sobre sus hijos puede extinguirse ó suspenderse; hablarémos, pues, primero de la extincion, y despues de la suspension de ese poder (1).

2. La edad no extinguia la Patria potestad, pues aunque nuestras leyes, tratando del consentimiento paterno para que el hijo pueda contraer matrimonio, parece como que relajaban los vínculos paternos al sustituir el consentimiento por el consejo, ello es lo cierto que eso no podia considerarse como disolucion de la potestad patria; pero la ley provisional del matrimonio civil ha venido á romper con las antiguas reminiscencias romanas, mandan-

(1) *Ley provisional de mat. civil*, art. 71.

do que por la mayor edad del hijo legítimo se extinga la Patria potestad (1); ademas, y fuera de este caso, se extinguirá:

1.° Por la muerte.

2.° Por pérdida de nacionalidad.

3.° Por profesion religiosa.

4.° Dignidad del hijo.

5.° Delito del padre.

6.° Emancipacion.

3. 1.° *La muerte* del padre ó del hijo concluyen la Patria potestad, toda vez que en España no recae, como en Roma, en el abuelo, á pesar de indicarlo así las *Partidas*, derogadas en esta parte por la *Novísima*, si bien exigiendo las velaciones, que hoy no se pueden exigir (2). Debe tenerse, no obstante, muy en cuenta, que conforme la ley provisional del matrimonio civil á la muerte del padre, la Patria potestad pasa á la madre no extinguiéndose por lo tanto, y por cierto que la decision de la ley provisional dió origen á una cuestion muy grave y debatida, la de si la madre que enviudó ántes de la publicacion de la ley en 1871, podia disfrutar del derecho en cuestion, ó si sólo le correspondia á la que enviudó despues de promulgada la ley del matrimonio. El Tribunal Supremo, en una sentencia notable, decidió que sólo á la mujer que enviudó despues de la ley del matrimonio corresponde (3).

---

(1) *Idem id.*, art. 64.

(2) Ley 1.ª, tít. XVIII, Partida IV; y 3.ª, lib. X, *Nov. Recop.*

(3) Sentencia del T. S. de Justicia de 19 de Junio de 1875, que dice así:

«Resultando que D. José Eulogio Fuentes falleció intestado en 16 de Noviembre de 1866 dejando dos hijos menores, D. Alfredo y D. Juan Antonio, y que su madre doña Francisca Martinez Pedreira acudió en 27 de Enero de 1872 al juez de primera instancia de la Coruña solicitando que, no obstante hallarse declarado por la ley del matrimonio civil el derecho de la potestad de las madres en defecto del padre, se la discerniera el cargo de tutora y curadora de sus referidos hijos, lo cual declaró el juez innecesario, en atencion á que alcanzaba á las madres la Patria potestad segun la ley del matrimonio civil:

Resultando que por fallecimiento de doña María de la Concepcion Fuentes, con testamento en que instituyó herederos á los citados menores, sus sobrinos, se previno por el juez de primera instancia del distrito del Congreso de esta córte el juicio necesario de testamentaría, y que en él pretendió doña Francisca Martinez Pedreira, en atencion á que, segun la ley del matrimonio civil, la correspondia la Patria potestad sobre sus hijos, se la entregasen los bienes adjudicados á los mismos como herederos de doña Concepcion Fuentes:

Resultando que, oido el promotor fiscal, se denegó la pretension de doña Francisca para resolver la declaracion del derecho en la madre de la Patria potestad de sus hijos, para lo cual exigia la ley una demanda especial, que en este

4. 2.° *Pérdida de nacionalidad.* El que deja de ser súbdito español no puede ejercer derechos civiles segun nuestras leyes; para él, pues, la Patria potestad por Derecho español termina.

---

juicio podia evitarse haciendo los menores el nombramiento de curador en favor de su madre:

Resultando que doña Francisca solicitó que se requiriera al menor que tenía edad para nombrar curador, á fin de que lo verificase, como lo hizo en efecto en favor de su madre, y que el Juzgado se lo nombrára al que no tenía edad para hacerlo:

Resultando que con presentacion de un periódico en que se insertaba una sentencia en que se habia declarado como acto de jurisdiccion voluntaria que la madre tenía la Patria potestad sobre sus hijos, pretendió se declarase que no procedia el discernimiento del cargo de curadora hecho en su favor, por no poder prestar fianza alguna y sí la declaracion de que tenía la Patria potestad sobre sus hijos menores:

Resultando que oido el Ministerio fiscal, que impugnó esta pretension, proveyó auto el juez de primera instancia, que fué confirmado por la Sala primera de lo civil de la Audiencia de esta córte en 5 de Marzo de 1874, teniendo por nombrados á doña Francisca Martinez Pedreira por curadora *ad bona* de su hijo Alfredo Fuentes Martinez, nombrando á la misma como tutora y curadora de su otro hijo Juan Antonio Fuentes y Martinez, haciéndola saber su nombramiento, frutos por alimentos, y entregándosela, con relevacion de fianza, todos los bienes adjudicados, y declarando no haber lugar á los demas que habia pretendido:

Resultando qus doña Francisca Martinez interpuso recurso de casacion por haberse infringido á su juicio:

1.° El art. 64 de la ley provisional de matrimonio civil, que concede á la madre en defecto del padre la potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados, al negar á la recurrente dicha potestad sobre sus hijos que se encuentran en el caso que aquella establece:

2.° El núm. 4.° del art. 65 de la misma ley, que concede en tal concepto á la doña Francisca la administracion y usufructo de los bienes que sus hijos adquieren por título lucrativo, ó sea por herencia de doña Concepcion Fuentes, toda vez que, segun los artículos 207 al 213 (1) de la misma, lo que prueba evidentemente que el legislador no entendió que hubiese madres que adquirieran ni conserváran el cargo de tutoras y curadoras desde que se publicó la ley tantas veces citada:

Y 3.° La doctrina legal de que la capacidad del individuo está sujeta á las alteraciones de la ley, porque no puede ménos de entenderse que cuando ésta afecta al estado de las personas, lleva consigo un efecto retroactivo, pues de otro modo habria de reinar la más espantosa confusion en la sociedad desde el momento en que las relaciones con las familias, los derechos y las obligaciones que existen dentro de ellas no fuesen uniformes é idénticos:

Visto, siendo Ponente el magistrado D. José María Cáceres.

Considerando que, á pesar de la forma anómala que han seguido las repetidas peticiones de doña Francisca Martinez Pedreira, ya para que se la discerniera el cargo de tutora y curadora de sus hijos, ya para que se la estimase investida de la Patria potestad de los mismos hijos, es lo cierto que esta última pretension ha tenido el carácter de un acto de jurisdiccion voluntaria, comprendido en la disposicion general del art. 1208 de la ley de Enjuiciamiento civil y sujeto á las reglas del mismo artículo:

(1) Aquí hay un error de números.

5. 3.° *Profesion religiosa.* Hoy creemos que no baste, puesto que la ley no reconoce las órdenes monásticas (1).

6. 4.° *Dignidad del hijo.* Las *Partidas* las marcaban minuciosamente; pero no existiendo hoy esas dignidades, parece que serán las que lleven aneja jurisdiccion, entre ellas está el cargo de alcalde (2).

7. 5.° *Delito del padre.* El matrimonio sacrílego ó incestuoso, y la exposicion del hijo no motivada por extrema pobreza declarada por sentencia; en otro caso no libra al padre de sus deberes, pero sí de sus derechos, que no puede recobrar ni volver el hijo á su poder (3).

8. 6.° *Emancipacion, que es el acto por virtud del cual los hijos salen de la Patria potestad por voluntad del padre, por la ley ó por sentencia.* Dedúcese de aquí que la emancipacion será *voluntaria*, *legal* y *forzosa*.

---

Considerando, por lo demas, que si la ley de matrimonio civil en sus artículos 64 y 65 ha declarado que el padre, y en su defecto la madre, tienen potestad sobre sus hijos legitimos no emancipados, y que tienen derecho á administrar y usufructuar los bienes que los hijos hubieran adquirido por cualquier título lucrativo ó por su trabajo ó industria, estas disposiciones se han establecido para lo futuro y sin lastimar los legítimos derechos que habian adquirido los huérfanos que ya lo eran en aquella fecha, puesto que la ley no expresó que tuviese efecto ántes de su publicacion, y por tanto, no es aplicable á los hechos consumados con anterioridad, y la Sala no ha infringido los artículos mencionados ni el principio de derecho que se citan en el recurso :

Y considerando que la reforma que estableció el art. 145 del reglamento para la ejecucion de la ley hipotecaria es de fecha 30 de Setiembre de 1870, posterior á la ley de matrimonio civil publicada el 18 de Junio anterior, y dicho reglamento sólo tuvo en consideracion los nuevos preceptos de esta misma ley que hacian innecesaria la aplicacion de los artículos 207 al 213 de la primitiva hipotecaria, pero sin alterar los derechos adquiridos al amparo de la legislacion antigua por los huérfanos que lo fueran ántes del 18 de Junio de 1870, los cuales conservaban y han conservado su estado civil sin que las madres viudas hasta aquella fecha hayan podido adquirir la Patria potestad, que sólo les ha otorgado la ley novísima para en adelante :

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casacion interpuesto por doña Francisca Martinez Pedreira, á la que condenamos por razon de depósito al pago de la cantidad de mil pesetas que pagará si viniere á mejor fortuna, distribuyéndose entónces con arreglo á la ley, y en las costas; y líbrese á la Audiencia de esta córte la certificacion correspondiente, etc.»

(1) Leyes 1.ª y 8.ª, tít. VII, Partida I.

(2) Leyes 7.ª, 8.ª, 9.ª, 10, 11, 12, 13, 14, tít. XVII, Partida IV.—Sentenc. del T. S. de Justicia de 11 de Mayo de 1866.

(3) Ley 4.ª, tít. XX.—Ley 6.ª, tít. XVIII, Partida IV.—Ley 5.ª, tít. XXXVII, libro VII, *Nov. Recop.*—Sent. del T. S. de Justicia de 18 de Setiembre de 1865.

9. Por *emancipacion voluntaria* se entiende *un acto por el que con autorizacion real, y voluntad del padre y del hijo, se disuelve la potestad patria.* Para obtenerla, deben expresarse justas causas y pagarse el servicio señalado. El padre, como premio de la emancipacion, tomará la mitad del usufructo de los bienes adventicios del hijo. La emancipacion queda sin efecto por ingratitud del hijo (1).

10. *Emancipacion legal* es la que *sólo por ministerio de la ley libra á los hijos del poder paterno;* se verifica por el matrimonio, y siendo hoy el civil el único que produce efectos civiles, creemos derogado cuanto en punto á exigirse las velaciones se disponia (2).

Restablecido de nuevo el matrimonio canónico con todas sus consecuencias, parece que deben exigirse las velaciones, por más que autores tan importantes como los Sres. Laserna y Montalvan (3), crean que no son necesarias despues del Concilio de Trento, tanto porque no pueden celebrarse en todos los matrimonios, cuanto que su objeto, que era evitar los clandestinos, ha desaparecido desde que los declaró nulos el Tridentino. Lo que sí está para nosotros fuera de duda, es que sin la transcripcion el Registro civil del matrimonio canónico no puede tener lugar la emancipacion.

11. Tiene lugar la *emancipacion forzosa, cuando en virtud de sentencia judicial firme, y por justa causa, pierden los padres su potestad.* Son causas justas:

Castigar cruel é inhumanamente á sus hijos.

Prostituir á las hijas.

Recibir manda con condicion de emancipar.

Probar el hijastro arrogado, que su padrastro arrogador le malversaba los bienes (4).

12. *Emancipacion por la edad del hijo.* Donde, como en Roma, puede decirse que la familia natural estaba por completo y en absoluto subyugada por esa familia de carácter puramente artificial y civil que distinguia la familia quiritaria, no es extraño

---

(1) Ley 15, tít. XVIII; 4.ª, tít. XVII; 19, tít. XXVIII, Partida IV.—Ley 14 Abril 1838, artículos 1.º, 2.º, 4.º—Real órden de 19 de Abril del mismo año.

(2) Ley 3.ª, tít. V, lib. X, *Nov. Recop.*

(3) *Derecho civil y penal de España.*

(4) Ley 13, tít. XXVIII, Partida IV.

que la omnímoda y terrible potestad del padre pesase eternamente sobre el hijo; no estaba esto, no podia estar en armonía ni con la familia cristiana, basada en la razon y en la naturaleza, ni con el sentimiento de individualidad é independencia distintivo de los pueblos del Norte, pero las *Partidas*, al importar entre nosotros el Derecho de la antigua Roma, nos trajeron íntegra su Patria potestad, y, por lo tanto, prescribieron que por la edad no se disolvia.

Ésta ha sido la regla general, hasta que la ley del matrimonio civil, fundándose en la razon y en el Derecho natural, ha determinado que por la mayor edad del hijo se disuelva la potestad patria, que sólo tiene razon de existir miéntras el hijo necesita el amparo y proteccion de los que le dieron el sér; pero al propio tiempo que así lo dispone, dispone tambiem que por ningun concepto cesen el respeto y reverencia que los hijos deban tributar á sus padres (1).

La ley no dice si la Patria potestad ejercida por la madre se extinguirá por pasar á segundas nupcias, si bien parece que no ha sido ése su pensamiento, si se tiene en cuenta lo dispuesto en el núm. 2.°, art. 53 de la ley del matrimonio civil, que dice: «*Ejercer sin licencia del marido los derechos, y cumplir los deberes que le correspondan respecto á los hijos legítimos ó naturales reconocidos, que hubiere tenido de otro, y á los bienes de los mismos.*» Sin que esto la libre de constituir hipoteca especial é inscribir los bienes de los hijos, segun está prevenido en la ley hipotecaria.

13. *Suspéndese* el ejercicio de la Patria potestad miéntras el padre ó la madre están sufriendo la condena de interdiccion civil, porque no es posible en los que la sufren ejercer aquellos derechos (2).

14. Consecuencia necesaria de los lazos que crea la familia, y de los fines que está llamada á realizar, es la mutua y recíproca obligacion de darse alimentos las personas que la constituyen.

Las leyes no han fijado la cuantía ni el tipo de los alimentos, porque esto, sobre no ser posible, era muy expuesto á que el in-

---

(1) *Ley provisional del matr. civil*, artículos 64, 70. Sentencia del T. S. de Justicia, de 21 de Noviembre de 1863 y 21 de Agosto de 1873.

(2) *Cód. pen.*, art. 43.

teres desmoralizase las familias ; se ha contentado con decir que sean proporcionados al caudal del que los da y á las necesidades del que los pide; pero si en lo que consisten, pues no sólo son alimentos la comida, sino la casa, el vestido, la curacion en caso de enfermedad, todo esto se conoce por los autores, con el nombre de alimentos naturales, siendo los civiles la educacion y enseñanza de medios para poder en adelante subsistir (1).

La obligacion de dar alimentos no nace sólo de la Patria potestad, y se extiende á personas que no están ligadas por este estrecho lazo, aunque sí por los de familia (2).

15. Las leyes disponen : 1.° Que los alimentos sean proporcionados al caudal del que los da, y á la condicion y necesidades del que los recibe, y podrán aumentarse ó disminuirse á medida que el caudal del uno y las necesidades del otro aumenten ó disminuyan (3).

2.° La obligacion de alimentar, cuando existe la sociedad conyugal, corresponde á ésta ; si se disolviere, se observará lo que sigue.

3.° La obligacion de lactar y alimentar á los hijos hasta los tres años es de la madre, que si no tuviese medios, deberá ser mantenida por el padre.

4.° Desde tres años en adelante, la obligacion corresponde al padre.

5.° Por divorcio tendrá obligacion de mantener á los hijos el que dió causa al divorcio, y los retendrá bajo su vigilancia el inocente.

6.° Cuando el padre es pobre y la madre rica, á ella toca la obligacion de dar alimentos.

7.° El padre sólo tiene obligacion de dar alimentos á los hijos legítimos, legitimados, adoptivos y naturales reconocidos.

8.° La madre tiene obligacion de alimentar á los ilegítimos (4).

9.° En defecto de padres, ó cuando éstos carezcan de bienes,

(1) *Ley provisional del mat.*, artículos 72 y 73.—Ley 2.ª, tít. XIX, Partida IV.—Sentenc. del T. S. de Justicia de 1.° Marzo 1864.

(2) Ley 3.ª, tít. VIII, lib. III, *Fuero Real*, y leyes 3.ª, 4.ª, 5.ª, 6.ª, tít. XIX, Partida IV.

(3) *Ley provisional del mat.*, artículo 73.—Sentencia del T. S. de Justicia de 21 de Marzo de 1862.

(4) *Ley provisional del mat.*, artículos 73 y 76.

corresponderá la obligacion de dar alimentos á los abuelos paternos y maternos; si los hijos son ilegítimos, á los maternos sólo, pero es necesario que los padres prueben que carecen absolutamente de bienes, para que la obligacion recaiga en los abuelos (1).

10. La obligacion de dar alimentos se extiende, en defecto ó imposibilidad de ascendientes ó descendientes, á los hermanos legítimos, hermanos uterinos ó consanguíneos, por el órden indicado.

11. Sólo son exigibles desde que la persona que los pide los necesita para vivir. Así, pues, si el hijo es mayor de edad y puede dedicarse al trabajo ó sabe un oficio, no está el padre obligado á alimentarlo, ni los hijos á los padres sino cuando éstos carezcan de otros medios de subsistencia (2).

12. El alimentista debe vivir en compañía del que da los alimentos, en el caso de que éste justificáre no poder cumplir de otro modo la obligacion por la escasez de su fortuna (3).

16. Cesa la obligacion de dar alimentos:

1.° Cuando la fortuna del que estuviere obligado á prestarlos decreciese hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus necesidades precisas y las de su familia.

2.° Cuando el que haya de recibirlos haya mejorado de fortuna hasta el punto de no serle necesarios para su subsistencia.

3.° Cuando hubiere cometido una falta grave por la que pueda desheredarle el obligado á dar alimentos.

4.° Cuando siendo el alimentista descendiente ó hermano del que ha de satisfacerlos, la necesidad en que se halla proviniese de mala conducta ó falta de aplicacion al trabajo.

La ley no habla de los ascendientes, por la reverencia que los descendientes les deben.

Los alimentos no pueden renunciarse (4).

17. La ley del matrimonio civil, al señalar los MEDIOS DE PROBAR LOS MATRIMONIOS, ha tenido muy buen cuidado de distinguir

---

(1) *Ley provisional del mat.*, art. 63.—Sentenc. del T. S. de Justicia, 7 de Octubre de 1860.

(2) *Ley provisional*, artículos 77, 72.—Sentenc. del T. S. de Justicia, 25 de Febrero de 1860 y 18 de Abril de 1859.

(3) *Idem id.*, art. 78.

(4) *Idem id.*, artículos 75 y 74.

entre los celebrados ántes y despues de la ley; para los celebrados ántes acepta todos los medios de prueba que las leyes en general admiten. Claro es que en primer término están los asientos en los libros parroquiales (1).

Por lo que hace á los matrimonios contraidos despues, se probarán *solamente* por las actas del Registro civil, á no ser que éstas hubiesen desaparecido, en cuyo caso serán admisibles todos los medios de prueba. Los que se casan deben, por lo tanto, tener gran cuidado en la inscripcion, porque *solamente* ella hace prueba, á no haber desaparecido (2).

La posesion constante del estado de los padres, unida á las actas de nacimiento de los hijos en concepto de legítimos, hará plena prueba del matrimonio de aquéllos si ya hubieren fallecido ó se hallaren imposibilitados de manifestar el lugar de su casamiento, á no constar que alguno de ellos estaba ligado con un matrimonio anterior.

Los matrimonios celebrados en el extranjero se probarán por cualquier medio de prueba si en el país donde se celebraron no existe Registro civil (3).

DERECHO FORAL.

18. ARAGON. El cónyuge sobreviviente tiene obligacion de dar alimentos al hijo y al hijastro. Los hijos naturales sólo pueden reclamar alimentos viviendo sus padres (4).

19. NAVARRA. Cuando el padre se casa segunda vez, los hijos salen de su potestad y guarda, y reciben un tutor ó curador, segun la edad (5).

---

(1) *Ley provisional*, art. 79.

(2) *Idem id.*, art. 80.

(3) *Ley provisional del matrimonio civil*, artículos 81, 82.

(4) *Fuero* 1.° y 2.° *de alimen.—Fuero único de natis ex damnato.*— Observ. 25, *De gener. privil.*, lib. II.

(5) Ley 1.ª, tít. X, lib. III, *Nov. Recop. de Navarra.*

# LECCION XXI.

**Instituciones del Derecho civil.—De las personas.—
Matrimonio civil.—Continuacion.**

---

**SUMARIO.**

1. DEL DIVORCIO, su definicion.—2 y 3. Sus condiciones, no disuelve el matrimonio. Justas causas.—4. Disposiciones preliminares.—5. Efectos del divorcio respecto á las personas de los cónyuges y de los hijos. Respecto á los bienes.—6. Quiénes pueden pedirlo.—7. Razon por la que cesan sus efectos.—8. Casos especiales en que los efectos del divorcio no pueden cesar.—9. Razon de esta excepcion.—10 al 12. Disolucion del matrimonio, sus casos y efectos.—13. Nulidad del matrimonio.— 14 y 15. Causas que traen siempre la nulidad.—16. Quiénes podrán reclamar de nulidad.—17. Causas de nulidad por falta de dispensa.—18. Hechos penados por la ley que no anulan el matrimonio.—19. Matrimonios nulos contraidos de buena fe, sus efectos.— 20 al 24. Disposiciones generales y transitorias.

1. DEL DIVORCIO. Entiéndese por *divorcio*, segun la ley del matrimonio civil, *la separacion legítima de los cónyuges, que no disuelve el matrimonio, sino que suspende la vida comun de los cónyuges y sus efectos.*

2. Consecuencia precisa é indeclinable de la perpetuidad é indisolubilidad proclamada por la ley al señalar la naturaleza del matrimonio, perfectamente explicada por el Tribunal Supremo al interpretar la ley 3, tít. XIX, *Partida* IV (1), es la doctrina que respecto al *divorcio* desenvuelve la ley, y que sólo se limita á declarar que no disuelve el matrimonio (2).

3. La ley considera que los casados, no sólo tienen la obligacion de vivir unidos por el Derecho civil y privado, sino que al cumplimiento de ese deber están altamente interesados la moral

---

(1) *Ley del mat. civil*, art. 83, 1.º—Sentenc. del T. S. de Justicia de 18 de Octubre de 1871.

(2) *Idem id.*, art. 84.

pública y el Estado; por eso no consiente que el *divorcio*, ni áun la simple separacion de los cónyuges, pueda tener lugar sólo por el mutuo consentimiento : el matrimonio nace en virtud de un acto público y solemne; sólo por un acto público y solemne ó un mandato judicial, pueden suspenderse sus efectos. Ademas, ha de existir causa justa para que ese mandato pueda tener lugar, y la ley las señala taxativamente y son las que vamos á examinar (1).

1.ª Causa. *Adulterio de la mujer*, no remitido expresa ó tácitamente por el marido. La honda perturbacion que este hecho gravísimo puede introducir en la familia, el peligro de llevar á ella personas extrañas que vengan á compartir y arrebatar á los hijos legítimos sus derechos, son causas bastantes á justificar la disposicion que examinamos; pero en el seno de la familia hay una sola persona que sea único juez de estos hechos, y es el principal agraviado, el marido; por eso la ley, que ha tratado siempre de no inmiscuirse en la familia ni en el sagrado del hogar doméstico, dispone que siempre que el marido remita expresa ó tácitamente la ofensa, cese de una manera irrevocable la causa del divorcio, él y sola y exclusivamente él puede exponerlas y pedir por ella la separacion.

2.ª *Adulterio del marido*, con escándalo público, abandono completo de la mujer, ó teniendo en la casa conyugal á la cómplice, si la mujer no ha remitido expresa ó tácitamente. Razones fáciles de comprender han hecho que la ley, al tratar del adulterio del marido, exija algunas más circunstancias que en el de la mujer para que sea causa del divorcio, tanto porque no es tan perjudicial al órden de las familias como el de ésta, ya porque no introduce en ella hijos extraños. En todo caso, la remision de la mujer la hace perder la accion del divorcio.

3.ª *Malos tratamientos* graves, inferidos de obra ó palabra por el marido á la mujer. *Graves* ha dicho la ley, dando á entender que no cualquier cuestion ó exceso poco importante puede producir el divorcio, y ha dejado, como no podia ménos, á los Tribunales el cuidado de calificar los malos tratamientos. Ocúpase sólo de los que el marido infiera á la mujer, porque siendo ésta la más débil, á ella parece que debe protegerse.

---

(1) *Ley del mat.*, artículos 84, 85, causas 1.ª, 2.ª, 3.ª, 4.ª, 5.ª, 6.ª, 7.ª y 8.ª

4.ª *Violencia* moral ó física ejercida por el marido sobre la mujer para hacerla cambiar de religion. Sancionada por las leyes la libertad de conciencia, no podian consentir que un particular, sobreponiéndose á ellas, impusiese sus creencias religiosas á la mujer por la fuerza ó la violencia.

5.ª *Malos tratamientos de obra* inferidos á los hijos con peligro de la vida. La razon de existencia de esta causa es obvia: el padre que maltrata á sus hijos hasta el extremo de poner su vida en peligro, no sólo demuestra que podrá hacer lo mismo con su cónyuge, sino que posee un corazon malvado, y el cónyuge inocente no es fácil que se resigne á ver así padecer á sus hijos. Siendo esta causa de emancipacion forzosa, es lógico tambien que lo sea de divorcio.

6.ª *Tentativa ó proposicion del marido* para prostituir á la mujer, porque no sólo indica de parte de aquél una inmoralidad profunda, sino que es causa bastante para que la mujer le mire con horror.

7.ª *Tentativa del marido ó la mujer* para corromper á los hijos, y complicidad en su corrupcion ó prostitucion. Los padres que así proceden no sólo son indignos del amor y consideracion del cónyuge inocente, sino que merecen el castigo y el desprecio de la sociedad entera.

8.ª *Condenacion por sentencia* firme de cualquiera de los cónyuges á cadena ó reclusion perpétua, porque lleva esta pena como accesoria la de *interdiccion civil*, que priva al penado de la potestad patria y de la marital, y que es perpétua; pero no parece bastante esta causa para el divorcio, toda vez que un indulto, y á veces un cambio político, pueden poner término á la pena.

Sólo el cónyuge inocente puede reclamar el divorcio, pues concederle este Derecho al culpable tanto valdria como proporcionarle el medio de realizar sus deseos por virtud de un acto criminal (1).

Pero sólo al cónyuge inocente se concede ese Derecho, porque nadie, nadie, ni áun los más altos representantes de la ley, pueden ni deben intervenir en el santuario del hogar doméstico, ni mezclarse en los misterios de la familia.

4. Disposiciones preliminares al divorcio.— Admitida la

(1) *Ley del mat. civil*, art. 86.

demanda de divorcio, como ántes, caso de urgencia, podrán acordarse judicialmente disposiciones que tiendan, tanto á garantir la tranquilidad y seguridad de la persona del cónyuge inocente, cuanto la de los hijos y de los bienes, y podrán adoptarse (1):

1.° *La separacion provisional* de los cónyuges y el depósito de la mujer, como medio de evitar escándalos y peligros. El depósito se verificará á peticion del marido ó de la mujer; pero áun en este caso procederá el depósito siempre que el marido lo pida, y será meramente provisional cuando es anterior á la demanda de divorcio, y permanente si es posterior.

2.° *Deposito de los hijos* en poder del cónyuge inocente, y si ambos fueren culpables, el nombramiento de tutor y curador y la separacion de los padres. Desde luégo puede presentar dificultades el señalar en el momento de entablarse una demanda de divorcio cuál es el cónyuge inocente, por lo que la designacion del depósito y áun el nombramiento de tutores han de quedar muchas veces al prudente arbitrio de los Tribunales, si bien en algunos casos parece que la ley señala el camino que debe seguirse, como cuando se trata del menor de tres años, que, sean las que sean las causas que hayan dado orígen al divorcio, deberá ser cuidado y conservado por la madre, y los que en el divorcio proceda de adulterio de la mujer ó del marido, malos tratamientos de éste á aquélla, violencia para hacerla cambiar de religion y condena á reclusion perpétua, que podrán los padres de comun acuerdo proveer el cuidado y educacion de los hijos.

3.° El *señalamiento* de alimentos á la mujer y los hijos que no quedaren en poder del padre, puesto que siendo éste el jefe y administrador de la sociedad conyugal, él tiene la obligacion de atender á todas las cargas de ella en proporcion á la posicion social y á los bienes de los cónyuges.

4.° *La adopcion de disposiciones* necesarias para evitar que el marido que hubiere dado causa al divorcio perjudique á la mujer en la administracion de sus bienes.

5. Los efectos del divorcio, producidos por la sentencia firme de *divorcio*, están señalados por la ley en la siguiente forma (2):

---

(1) *Ley del matrimonio civil*, art. 87, números 1, 2, 3, 4.
(2) *Idem*, *id.*, art. 88, números 1 al 6.

1.° *Separacion definitiva* de los cónyuges; pues éste es el objeto principal del divorcio y á eso tienden los que le promueven.

2.° *Quedar* ó *ser puestos* los hijos bajo la potestad del cónyuge inocente. Si ambos fuesen culpables, los hijos quedarán bajo la autoridad del tutor ó curador que se les nombre con arreglo á lo dispuesto en la ley de Enjuiciamiento civil, excepto cuando la ley concede á los cónyuges el derecho de proveer de comun acuerdo al cuidado y educacion de los hijos, por ser las causas del divorcio, como hemos visto, adulterio de cualquiera de ellos, malos tratamientos del marido á la mujer, violencia para que cambie de religion, ó condena de interdiccion, ó si el hijo tiene ménos de tres años, pues su cuidado corresponde á la madre, á no ser que por cláusula expresa de la sentencia se haya dispuesto otra cosa.

3.° *La privacion de la Patria potestad* por parte del cónyuge culpable, que volverá á adquirirla en el caso de que premuera el inocente; en los casos de adulterio, malos tratamientos, violencia para cambiar de religion y condena, de que ya hemos con repeticion hablado. En los demas casos se procederá á nombrar tutor á los hijos en la forma ya dicha.

En ningun caso la privacion de la Patria potestad y sus derechos eximirá al cónyuge culpable del cumplimiento de las obligaciones que tuviera con respecto á los hijos.

4.° *La pérdida* por parte del cónyuge culpable de todo lo que hubiere sido dado ó prometido por el inocente ó por otra persona en consideracion á éste, y la conservacion por el inocente de todo lo recibido, y el derecho de reclamar desde luégo lo que le hubiere sido prometido por el culpable. Disposicion que resucita, digámoslo así, antiguas prescripciones, por las que la mujer adúltera perdia todos sus derechos (1), si bien la nueva ley las amplía á todos los casos que dan motivo al divorcio.

5.° *La separacion de bienes* de la sociedad conyugal, y la pérdida de la administracion de los de la mujer, si fuese el marido el que hubiera dado causa al divorcio y la mujer la reclamase. Desde que la sentencia de divorcio da orígen á la separacion definitiva de los cónyuges, la sociedad queda disuelta, porque éstos dejan de vivir de *consuno*, y el marido culpable deja de ser admi-

(1) Leyes 1.ª y 5.ª, tít. XVII, lib. XII de la *Nov. Recop.*

nistrador legal, pues aunque la mujer consienta en que siga administrando, será un administrador nombrado ó consentido por la mujer, y cuyo mandato es revocable al libre arbitrio de ésta.

6.° *La conservacion de la administracion* de los bienes de la mujer por el marido inocente, no quedándole á aquélla más derecho que á los alimentos. Evítase así que la mujer, por su falta, pueda emanciparse completamente del poder del marido y librarse de las obligaciones de la sociedad conyugal.

6. Consecuencia necesaria del pensamiento que hemos dicho preside en esta materia de divorcio, á la ley del matrimonio civil, que no es dar intervencion á nadie más que á los interesados, y de su anhelo constante por proteger la union en los matrimonios, es el que haya determinado :

7. *Que el divorcio y sus efectos* cesarán cuando los cónyuges consintieran en volver á reunirse, poniendo esta reconciliacion en conocimiento del juez que dictó la sentencia de divorcio. Medida acertadísima, que favorece á los cónyuges, á los hijos, y es muy conforme con lo que la moral pública exige y espera de los matrimonios, orígen de la familia (1).

8. Hay, sin embargo, dos casos en los cuales la voluntad de los cónyuges divorciados no basta para anular la sentencia que los separó, y son cuando el divorcio se pidió por (2):

1.° *Malos tratamientos* de obra inferidos á los hijos, si pusieron en peligro su vida.

2.° *Tentativa del marido ó de la mujer* para corromper á sus hijos, y complicidad en la corrupcion ó prostitucion.

9. Compréndese perfectamente la razon de esta excepcion de la ley ; de las ocho causas justas que señala el artículo 85, todas ménos la 5.ª, 7.ª y 8.ª pueden considerarse como ofensas que los cónyuges se han inferido; la 8.ª, como un acto independiente de su voluntad ; pero la 5.ª y 7.ª, ó sea los malos tratamientos y tentativas de corrupcion y prostitucion de los hijos, no sólo son ofensas inferidas por el un cónyuge al otro, sino que lo son á los hijos y á la moral; por otra parte, el que fué bastante desnaturalizado y criminal para intentar una vez hechos semejantes, es muy probable que vuelva á cometerlos, y como no puede la ley

(1) *Ley del matrimonio civil*, art. 89.
(2) *Idem id.*, art. 89, § 2.°

permitir que por un acto del que sólo fué secundariamente injuriado se exponga de nuevo á los que verdaderamente sufrieron la injuria y el peligro á que de nuevo puedan de ella ser víctimas, de aquí la prohibicion que nos ocupa.

10. Disolucion del matrimonio. La ley lo ha dicho en su artículo primero: *el matrimonio* es por su *naturaleza perpétuo é indisoluble:* al ocuparse de la *disolucion*, esto es, de la rotura del vínculo, es lógica y consecuente cuando prescribe que sólo por la muerte de uno de los cónyuges debidamente probada se disuelve el matrimonio legítimo (1).

11. *La ausencia*, por prolongada que sea, y áun con ignorancia del paradero de uno de los cónyuges, no puede disolver el matrimonio miéntras que el ausente no tenga cien años de edad, en cuyo caso se le tendrá por fallecido. Con objeto de evitar la bigamia, la ley ha señalado la edad más larga que el hombre puede vivir, y miéntras no llega á ella no admite la ausencia como presuncion de muerte. Parece esta disposicion algo exagerada (2).

12. *El impedimento* que segun la ley anula el matrimonio, no le disuelve si sobrevino despues de su celebracion, porque ésta fué legítima, y por lo tanto, el matrimonio *indisoluble* y *perpétuo* (3).

13. Nulidad del matrimonio. Puede éste celebrarse con infraccion de las prescripciones legales, y segun la mayor ó menor importancia de éstas, así serán los efectos que se produzcan, y que podrémos dividir en tres categorías:

1.ª Infracciones que siempre é irrevocablemente anulan el matrimonio.

2.ª Infracciones dispensables, que sólo le anulan cuando no se han dispensado.

3.ª Infracciones que no anulan el matrimonio, pero que sujetan á los que las han cometido á una pena.

14. 1.º—*Serán siempre nulos los matrimonios* contraidos (4):

1.º Entre impúberes ó entre púber é impúber, á no ser que despues de llegar á la pubertad continúen los esposos viviendo

---

(1) *Ley del matrimonio civil*, art. 90.
(2) *Idem id.*, art. 90, §. 2.º
(3) *Idem id.*, art. 91.
(4) *Idem id.*, art. 92.

juntos sin entablar reclamacion, ó la mujer hubiere concebido ántes de la pubertad legal ó de entablar la reclamacion (1).

2.° El matrimonio en que uno de los contrayentes al tiempo de celebrarlo estuviere privado de la razon (2).

3.° Cuando hubiere impotencia física anterior, absoluta ó relativa, pero patente, perpétua é incurable (3).

4.° Si uno de los contrayentes estaba ligado con vínculo anterior, no disuelto legalmente (4).

5.° El en que uno estaba ligado por órden sagrado ó religioso, á no ser canónicamente dispensado, ó probando que ha dejado de ser católico (5).

6.° El celebrado entre ascendientes y descendientes por consanguinidad ó afinidad legítima ó natural (6).

7.° Entre colaterales por consanguinidad legítima dentro del cuarto grado (7).

8.° Entre los mismos por consanguinidad natural dentro del segundo (8).

9.° Entre el padre ó madre adoptante y el adoptado, el de éste con el cónyuge viudo del adoptante, y el de éste con el cónyuge viudo del adoptado (9).

10. El de los adúlteros declarados tales por sentencia firme (10).

11. Entre los condenados como autores ó autor, y cómplices de la muerte del cónyuge inocente, aunque no haya habido adulterio (11).

12. Entre los guardadores y la menor, á no ser que el padre de ésta hubiere dejado autorizado el matrimonio (12).

13. Entre el descendiente del guardador con el menor ó la

---

(1) *Ley del matrimonio civil*, art. 92, núm. 1, y art. 4.°, circunstancia 1.ª
(2) *Idem id.*, art. 92, núm. 1, y art. 4.°, id. 2.ª
(3) *Idem id.*, art. 92, núm. 1, y art. 4.°, id. 3.ª
(4) *Idem id.*, art. 92, núm. 2, y art. 5.°, núm. 1.
(5) *Idem id.*, art. 92, núm. 2, y art. 5.°, núm. 2.—Real órden de 16 Setiembre de 1871.
(6) *Idem id.*, art. 92, núm. 2, y art. 6.° núm. 1.
(7) *Idem id.*, art. 92, núm. 2, y art. 6.°, núm. 2.
(8) *Idem id.*, art. 92, núm. 2, y art. 6.°, núm. 4.
(9) *Idem id.*, art. 92, núm. 2, y art. 6.° núm. 5.
(10) *Idem id.*, art. 92, núm. 2, y art. 6.°, núm. 7.
(11) *Idem id.*, art. 92, núm. 2, y art. 6.°, núm. 8.
(12) *Idem id.*, art. 92, núm. 2, y art. 4.°, núm. 9.

menor, miéntras su ascendiente no haya dado cuentas y éstas estén aprobadas, excepto si media autorizacion del padre del menor (1).

14. El contraido sin autorizacion del Juez municipal competente (2).

15. Por error en la persona, coaccion ó miedo grave que vicien el consentimiento (3).

16. Entre el raptor y la robada, miéntras ésta se halle en su poder (4).

15. En estos dos últimos casos, como la causa de nulidad es la falta de voluntad y libertad en los contrayentes, serán los matrimonios válidos siempre que ese defecto se purgue, *cohabitando* los cónyuges seis meses desde el dia en que el error se desvaneció ó la libertad se hubiere recobrado, sin reclamar en ese tiempo de nulidad (5).

16. *Podrán reclamar la nulidad:* los cónyuges, el Ministerio fiscal y cualquiera persona que tenga interes en ella, en los casos señalados con los números 1.° al 14 inclusive del párrafo anterior, porque afectan al órden social (6).

En los comprendidos en los números 15 y 16, solamente el cónyuge que hubiere sufrido el error, la fuerza ó el miedo (7).

Admitida la demanda de nulidad, se practicarán las diligencias prevenidas para el caso de divorcio (8).

17. 2.° *Serán nulos por no haberse obtenido dispensa*, los contraidos:

1.° Por los colaterales por consanguinidad legítima en los grados tercero y cuarto.

2.° Los colaterales por afinidad legítima ó natural.

Nulos como los anteriores, estos matrimonios se diferencian, sin embargo, en que el vicio de los primeros es insubsanable, miéntras el de los segundos puede subsanarse obteniendo la dispensa y celebrando un nuevo matrimonio.

---

(1) *Ley del matrimonio civil*, art. 92, núm. 2, y art. 4.°, núm. 10.
(2) *Idem id.*, art. 92, núm. 3.
(3) *Idem id.*, art. 92, núm. 4.
(4) *Idem id.*, art. 92, núm. 5.
(5) *Idem id.*, art. 92, núm. 5, § 2.°
(6) *Idem id.*, art. 93.
(7) *Idem id.*, art. 93, § 2.°
(8) *Idem id.*, art. 93, § 3.°

18. 3.° *No serán nulos*, aunque sí podrán dar orígen á una pena.

1.° Los contraidos por menores sin el consentimiento exigido por la ley, de determinadas personas.

2.° Por la viuda ó mujer cuyo matrimonio se hubiere declarado nulo, ántes de los trescientos dias de la disolucion, y por la mujer que esté encinta, ántes de su alumbramiento.

3.° Los contraidos sin que hayan precedido los edictos prescritos por la ley, siempre que no exista impedimento ni se haya faltado á alguna otra solemnidad, cuya omision sea causa de nulidad.

19. MATRIMONIOS NULOS CONTRAIDOS DE BUENA FE. La ley, al mismo tiempo que declara nulos ciertos matrimonios, ha cuidado muy mucho de velar por los derechos de los cónyuges, y asegurarlos, y sobre todos los de los hijos, disponiendo que:

Si el matrimonio declarado nulo se contrajo de buena fe por ambos cónyuges producirá todos los efectos civiles miéntras subsista, y la legitimidad de los hijos (1).

Si la buena fe estuvo sólo de parte de un cónyuge producirá los mismos efectos para éste y para los hijos (2).

La buena fe se presumirá miéntras no se pruebe lo contrario (3).

Anulado el matrimonio, los hijos varones quedan en poder del padre, las hembras en el de la madre, si hubo buena fe por parte de ambos; si sólo por parte de uno, éste quedará con todos los hijos; pero en todo caso, al cuidado de la madre los menores de tres años (4).

La sentencia de nulidad producirá, respecto á los bienes de los cónyuges, los mismos efectos que la disolucion por muerte; pero si uno procedió de mala fe, perderá su parte de gananciales (5).

La sentencia se inscribirá en el *Registro civil* (6).

20. Siendo por la ley el matrimonio una institucion pura-

(1) *Ley del matrimonio civil*, art. 94.
(2) *Idem id.*, art. 95.
(3) *Idem id.*, art. 96.
(4) *Idem id.*, art. 97.
(5) *Idem id.*, art. art. 99.
(6) *Idem id.*, art. 100.

mente civil, sólo las decisiones de la jurisdiccion civil ordinaria, en la forma que se prescriban en la *ley de Enjuiciamiento civil*, producirán efecto ; las de los Tribunales y Jueces eclesiásticos no producirán efectos civiles, excepto en las demandas de nulidad de matrimonios celebrados canónicamente ántes de la ley, que sólo podrán ser conocidas por éstos, con exclusion de la jurisdiccion civil (1).

21. Termina la ley convalidando todos los matrimonios celebrados ántes de su promulgacion, ante los alcaldes del domicilio ó residencia de los contrayentes y dos testigos mayores de edad. Disposicion necesaria y acertada, toda vez que fijaba la legitimidad de actos que sin eso hubieran producido grandes males á muchas familias (2).

Claro es, como ántes hemos indicado, que despues de la promulgacion del Decreto de 9 de Febrero de 1875, todo cuanto hemos dicho respecto á divorcio y nulidad de matrimonio segun la *Ley Provisional* está derogado por completo, siempre que no se trate de matrimonios celebrados entre personas que no profesen la religion católica. Desde el dia en que el Decreto citado se promulgó, todas las causas de divorcio y nulidad de los matrimonios adquirieron el carácter eclesiástico que ántes tenian, y salieron natural y necesariamente de la jurisdiccion civil ordinaria para revertir á la eclesiástica : así, pues, desde entónces los jueces civiles no tendrán otra intervencion que la de inscribir en el registro correspondiente las sentencias de divorcio ó nulidad que por los tribunales eclesiásticos se hubieren dictado.

---

(1) *Ley del matrimonio civil*, *Disposicion general*, y 1.ª de las *transitorias.*
(2) *Idem id.*, 2.ª *Disposicion transitoria.*

# LECCION XXII.

**Instituciones del Derecho civil. — De las personas. — Tutelas.**

**SUMARIO.**

1 al 3. Incapacidades.—4 y 5. TUTELA, su fundamento.—DERECHO COMUN.—6. *Tutela*, sus clases.—7. *Tutela testamentaria.*—8. *Tutela legítima.*—9. *Tutela dativa.*—10. Discernimiento del cargo de guardador.—11. Disposiciones de la ley hipotecaria para garantizar los bienes de los pupilos.—DERECHO FORAL.—12. ARAGON.—13. NAVARRA.—14. CATALUÑA.

1. Las personas pueden ser capaces ó incapaces para realizar el Derecho, áun siendo capaces de Derecho, porque una cosa es tener capacidad de Derecho, y otra, capacidad para realizarlo.

2. La regla general del Derecho es la *capacidad.* La *incapacidad* es una excepcion.

3. Las incapacidades pueden ser por razon de edad ó de defecto moral, y sujetan al hombre á la tutela ó á la curatela. Ambas reciben el nombre genérico de *guarda.*

4. TUTELA *es el poder de proteccion ejercido con relacion á las personas y bienes de los impúberes que carecen de padres* (1).

5. La tutela puede decirse que es una institucion que tiene su base en el Derecho natural. En efecto, la razon exige que cuando el hombre por causa de su edad nada ó muy poco puede por sí, y no encuentra un padre ó una madre que le protejan y amparen, debe la ley arbitrar medios para que no se halle sólo y abandonado en el mundo; por esta razon, y dándose siempre y en todo tiempo á la tutela una grande importancia, se le ha considerado como un cargo público, obligatorio para todo aquel que no tenga una excepcion concedida por la ley.

(1) Ley 1.ª, tít. XVI, Part. VI.

Pasemos, pues, á ocuparnos de la tutela tal cual se conoce por nuestro

## DERECHO COMUN.

6. Siguiendo el Derecho español el mismo método que el romano, ha dividido la tutela en *testamentaria*, *legítima* y *dativa*, de las que vamos á tratar separadamente:

7. 1.° *Tutela testamentaria* es la *dada en última disposicion al impúber, por su padre ó por otra persona legalmente autorizada.*

Las leyes de Partida, siguiendo á las romanas, concedian este derecho al padre como consecuencia de la patria potestad; pero nuestras leyes le extienden á otras personas, si bien exigiendo la confirmacion judicial.

Así, pues, pueden nombrar tutor:

El padre á sus hijos legítimos ó legitimados, nacidos ó póstumos;

El padre á sus hijos naturales instituyéndolos herederos; pero el juez deberá confirmar el nombramiento (1);

La madre á sus hijos legítimos en defecto del padre, y á los naturales instituyéndolos herederos ó legatarios; hoy creemos que este nombramiento no estará sujeto á la confirmacion judicial (2);

Los extraños, al menor que nombren su heredero, ó dejen manda de importancia; pero con la confirmacion judicial (3).

Puede dejarse la tutela en testamento ó codicilo, claramente y sin dejar lugar á dudas respecto á la persona del tutor; puramente, bajo condicion, desde cierto ó hasta cierto dia; en fin, con todas las modalidades que quiera el testador (4).

8. 2.° *Tutela legítima.* Cuando no se ha nombrado tutor testamentario, ó el nombrado ha muerto ántes que el testador, pasa la *tutela á los parientes más próximos al pupilo, hábiles para administrar.* Sostienen algunos que tambien tiene lugar si el

---

(1) Leyes 3.ª y 8.ª tit. XVI. Part. VI.—3. tít. XXIII, Part. VI.

(2) Ley 6.ª, tít. XVI, Part. VI.

(3) Ley 8.ª, tít. XVI, Part. VI.—*Ley de Enjuiciamiento civil*, art. 1222.—Glosa de Gregorio Lopez á la ley 11, tít. XVI, Part. VI.

(4) Leyes 2.ª, 6.ª, 7.ª y 8.ª, tít. XVI, Part. VI.

tutor testamentario muere despues que el testador; pero no está esta opinion muy ajustada á la ley de Partida ni á la romana (1).

Dícese que el fundamento de esta tutela es que nadie cuidará mejor los bienes del pupilo que el que espera la herencia.

Las Partidas reconocieron las mismas clases de tutela legítima que las leyes romanas; pero hoy no pueden tener aplicacion esas clasificaciones.

En el órden de prelacion ocupaba el primer puesto la madre; hoy en lugar de la tutela adquiere por la muerte del padre la *patria potestad*, y vienen, pues, en primer término el abuelo paterno ó materno, la abuela paterna ó materna con la renuncia de las segundas nupcias y de la ley que les prohibe obligarse por otro, y en fin, los parientes más cercanos (2).

Si hay muchos parientes en el mismo grado, todos podrán ser tutores, y todos administrarán; pero podrá uno manifestar al juez que está dispuesto á afianzar, ó pedir los demas que uno afiance, ó confiarla el juez al que crea más idoneo, haciéndole afianzar tambien, y éstos llevarán la administracion (3).

9. 3.° *Tutela dativa*, que es *la que en defecto de la testamentaria y legítima, ó si aquélla se halla en suspenso, da el juez al pupilo.*

Antes tenía tambien lugar cuando, pasando la madre tutora á segundas nupcias, y obtenida autorizacion para continuar en la tutela, no afianzaba con hipoteca dentro de los sesenta dias de la fecha del nuevo matrimonio, y ántes de la expedicion de la Real cédula. Hoy por la nueva *Ley del matrimonio civil* no puede esto tener lugar, puesto que la madre no es tutora, sino que tiene la *patria potestad* (4).

Los parientes llamados á la sucesion que no pidan al juez nombre tutor al huérfano, pierden el derecho á la herencia. Pueden pedirlo todos, y mandarlo el juez de oficio, porque la accion es popular (5).

---

(1) Glosa de Gregorio Lopez á la Ley 9.ª, tít. XVI, Part. VI.

(2) Leyes 9.ª y 10, tít. XVI, Part. VI, y 4 del mismo título y Partida.—Sentencia del T. S. de Justicia del 26 de Febrero de 1866 y 5 de Abril de 1867.

(3) Ley 11. tít. XVI, Part. VI.—*Ley de Enjuiciamiento civil*, art. 1226.

(4) Ley 12, tít. XVI, Part. VI.—*Ley hipotecaria*, art. 209.—*Ley del matrimonio civil.*

(5) Ley 12, tít. XVI, Part. VI.—*Ley de Enjuiciamiento civil*, artículos 1227, 1228 y 1229.

Juez competente es el del domicilio, y si varios hubieran hecho nombramientos, será tutor el elegido primero, y caso de duda, el que lo fuera por el juez del domicilio del padre ó de la madre (1).

10. *Discernimiento* del cargo de tutor *es el poder que el juez confiere al tutor, para que desempeñe sus funciones, represente al menor con arreglo á las leyes, y cuide de su persona y bienes.* Antes sólo se exigia por la ley en algunos casos, hoy es extensivo á todos; á los testamentarios facultados por el padre para ejercer sin el requisito de la fianza no se la exigirá el juez; á los demas, siempre; y segun una sentencia del Supremo, no será necesario el discernimiento si el padre nombra tutor testamentario á sus herederos ó hijos legítimos (2).

11. Por nuestras antiguas leyes todos los tutores estaban obligados á afianzar el desempeño de su cargo, puesto que administraban bienes ajenos y daban cuentas muy tarde; hoy por la *Ley de Enjuiciamiento* los tutores testamentarios nombrados por el padre ó por la madre y extraños, instituyendo heredero al pupilo, y con relevacion de fianza, están eximidos. No afianzando, ni se discernirá el cargo, ni se les confiará la administracion. Siempre será la fianza hipotecaria, y proporcionada al caudal del menor; pero no se computarán los bienes inmuebles. Antes sólo se admitian fiadores, y nunca prendas ni hipotecas (3).

Por la moderna *Ley hipotecaria* se establece hipoteca legal á favor de los menores é incapacitados, sobre los bienes del tutor, y cuando estén obligados á dar fianza, prestarán hipoteca especial, que podrá el juez exigir se amplíe si llegase á ser insuficiente.

Los bienes raíces del menor se inscribirán á su nombre, si no lo estuviesen, y al guardador se le podrá exigir que convierta en especial la hipoteca legal general que ántes tenian.

La ampliacion de fianza podrá pedirse por cualquiera, y el juez podrá decretarla ó negarla, disponiendo se deposite el sobrante de las rentas, ó se impongan los fondos como está mandado (4).

---

(1) *Ley orgánica del Poder judicial*, art. 309, regla 4.ª—*Ley de Enjuiciamiento civil*, artículos 353, 354 y 410.

(2) *Ley de Enjuiciamiento civil*, art. 1270.—Leyes 6.ª y 8.ª, tít. XVI, Part. VI.

(3) Ley 9.ª, tít. XVI, Part. VI, y 94, tít, XVIII, Part. III.—*Ley de Enjuiciamiento civil*, artículos 1219 al 1235, 1240, 1248, 1265, 1266 y 1268.

(4) *Ley hipotecaria*, artículos 168, 214, 215, 347 y 348.

Lo prevenido en la *Ley hipotecaria*, con relacion á la madre, tendrá hoy que modificarse, toda vez que tiene la patria potestad en defecto del padre (1).

Con efecto, segun la Ley del Matrimonio civil y el Reglamento de la Hipotecaria reformadas, no habia lugar á la prestacion de fianzas por parte de la madre que hubiera pasado á segundas nupcias y obtenido Real cédula de habilitacion para continuar administrando los bienes de sus hijos toda vez que tenian la patria potestad; pero como por la célebre sentencia del Tribunal Supremo de Justicia (2) lo dispuesto en la Ley del matrimonio civil sólo es aplicable á las madres que han quedado viudas con posterioridad á la publicacion de la ley y no á las que lo fueron con antelacion, para éstas está en toda su fuerza y vigor lo preceptuado en la Ley Hipotecaria reformada. Así, pues, y segun ella, no se expedirá Real cédula de habilitacion para continuar en la tutela ó curaduría de sus hijos á la madre que pase á segundas ó ulteriores nupcias, sin que constituya préviamente y con aprobacion del juez la hipoteca legal correspondiente. Si la madre se mezcláre ó continuáre mezclándose en la administracion de la tutela ó curaduría, ántes de constituir la hipoteca prevenida, quedará obligado su marido á prestarla respondiendo con ella de las resultas de la administracion ilegal de su mujer. No constituyendo ésta la hipoteca en el término de sesenta dias, contados desde la fecha del nuevo matrimonio, nombrará ó hará nombrar el juez, con arreglo á las leyes, otro tutor ó curador al huérfano ó incapacitado.

El tutor ó curador nombrado por el juez, prestará su fianza con las formalidades prescritas en la Ley de Enjuiciamiento civil, oyéndose ademas para su aprobacion al pariente que haya pedido el nombramiento.

El hijo cuya madre contraiga nuevo matrimonio ántes de la aprobacion de las cuentas ó curaduría, podra exigir que el padrastro constituya sobre sus bienes hipoteca especial á responder de dichas cuentas.

Si fuese menor de edad, pedirán en su nombre la constitucion de la hipoteca y calificarán su suficiencia:

(1) *Ley del matrimonio civil*, art. 64.
(2) Sentencia del T. S. de Justicia de 19 de Junio de 1875.

1.° El tutor ó curador del mismo hijo.

2.° El curador para pleitos si lo tuviere nombrado.

3.° Cualquiera de los parientes del hijo por la línea paterna.

4.° En defecto de todos éstos, los parientes de la línea materna.

El escribano que autorizase escritura de esponsales, de carta dotal ó de capitulaciones matrimoniales de cualquiera viuda, tutora ó curadora de sus hijos, dará parte por escrito dentro de los tres dias siguientes al juez que haya discernido el cargo á dicha tutora ó curadora (1).

## DERECHO FORAL.

12. ARAGON. El tutor testamentario no necesita del discernimiento. No se conoce la tutela legítima. Cuando el juez es requerido para que nombre tutor, aunque sea á un póstumo, lo hace de los parientes por donde descienden los bienes; así que si queda huérfano de padre y madre se le nombran dos tutores. La madre que queria ser tutora era preferida en la tutela dativa, disposicion derogada hoy por la *Ley del matrimonio civil* (2).

13. NAVARRA. Sólo se habla de la tutela legítima, pero en las demas se suple por el Derecho romano toda la materia.

14. CATALUÑA. Tampoco necesitaba del discernimiento el tutor testamentario; hoy se rige la materia por la *Ley de Enjuiciamiento civil* (3).

---

(1) *Ley hipotecaria* reformada, artículos 207 al 214. Instruccion para redactar los instrumentos sujetos al Registro, art. 66.

(2) Fuero 11, *de tutor.*—Observ. 9.ª, *de tutor*, lib. v.—Observ. 3, *de tutor.*—Fuero IV, Observacion 1, *de tutor.*

(3) Cap. IX, Córtes de 1351 bajo D. Pedro III.

# LECCION XXIII.

**Instituciones del Derecho civil.—De las personas.— Curatela.**

---

**SUMARIO.**

1. De la curaduría, su definicion.—2. A quiénes comprende.—3. Sus diferencias con la tutela.—4. Curador á los menores.—5. Curador ejemplar.—6. Curador *ad litem*.—7. Defensores.—8. Cosas comunes á la tutela y curaduría.—9. Anteriores á la aceptacion.—10. Incapacidades para ser guardador.—11. Excusas.—12. Ante quién se proponen.—13. Fianza.—14. Juramento.—15. Inventario.—16. Obligaciones durante el cargo.—17. Educacion.—18. Alimentos.—19. Administracion.—20. Obligaciones al terminar el cargo.—21. Remocion de tutor sospechoso.—22. Sus causas.—23. Cómo termina el cargo de guardador.—Derecho foral.—24. Aragon.—25. Navarra.—26. Cataluña.

1. Curaduría, *es el poder de proteccion creado por la ley, para la direccion de las personas y bienes de los que por cualquier causa no se bastan á sí mismos.*

2. Comprende la curaduría á los menores, concluida la tutela, hasta los veinticinco años, y á los física ó moralmente incapacitados, como el loco, mentecato, desmemoriado, pródigo, y cualquier otra persona que por enfermedad permanente no puede atender á sus negocios (1).

La declaracion de loco ó mentecato debe hacerse con conocimiento de causa; la de pródigo en juicio contradictorio.

3. Diferéncianse la tutela y la curaduría: en que la primera se da primariamente para la persona, y secundariamente para las cosas, y la segunda, al contrario; en que la tutela se da para todos los negocios del pupilo, y la curatela puede darse para uno solo.

---

(1) Ley 13, tít. XVI, Partida VI.—Ley 5.ª, tít. XI, Partida V.

4. *Al menor se le puede nombrar curador* en testamento, por las mismas personas y con las mismas condiciones que se nombra tutor, sin más diferencia que el menor puede oponerse al nombramiento hecho por la madre ó por persona extraña, y el juez, si lo cree fundado, podrá no discernir el cargo. Respecto á la madre, hoy ha variado la cuestion, pues á falta del padre tiene sus mismos derechos, siempre, como hemos dicho, que haya enviudado despues de la promulgacion de la Ley del Matrimonio civil.

Si no se ha nombrado curador en la forma dicha, se hará el nombramiento por el mismo menor ante el juez; que si no lo cree con las circunstancias necesarias, no le discernirá el cargo, y se procederá á nuevo nombramiento por el menor. Prestada la fianza se les discernirá el cargo (1).

Hoy no tiene aplicacion la doctrina de que al menor no se le dé curador contra su voluntad; no muy clara en las *Partidas* esta doctrina, hoy está perfectamente deslindada.

Los menores podrán obtener dispensa de edad. La concede el Rey por justa causa y mediante el servicio que corresponde (2).

5. *Curador ejemplar*, es el nombrado para los incapacitados, prévia la justificacion de incapacidad, por el juez del domicilio. El nombramiento recaerá en el padre, hijos, mujer, madre, abuelos y hermanos, siendo preferidos los varones, y en igualdad de grados el de mayor edad.

Hecho el nombramiento y prévia fianza se discernirá el cargo (3).

6. Los *curadores ad litem* no se dan al impúber sino en el caso de que su tutor esté incapacitado temporalmente ó haya pleito en que sus intereses y los del menor sean opuestos. Los púberes pueden nombrarlo en comparecencia ante el juez, que es árbitro de discernirles ó no el cargo (4).

7. Ademas de estos curadores, se dan al ausente y á la herencia yacente, que se llaman *defensores*, y al penado á interdiccion

---

(1) Ley 13, tít. XVI, Partida VI.—*Ley de Enjuiciamiento civil*, artículos 1231 al 1242.

(2) Ley 12, 13, tít. XVI, Partida VI.—Ley de 14 de Abril de 1838, artículos 1.° y 2.°

(3) *Ley orgánica del Poder judicial*, art. 309, regla 4.ª—*Ley de Enjuiciamiento civil*, artículos 1234 al 1247.

(4) *Ley de Enjuic. civil*, artículos 1253 al 1259.

civil si es soltero, menor ó separado de su mujer, pues si casado está unido á su mujer, ésta entra en la administracion. A los hijos del penado que no tuviesen madre se les nombra tambien tutor ó curador en su caso (1).

8. La mucha semejanza que existe entre la tutela y la curaduría hace que entre ambas existan muchos puntos comunes, regulados por disposiciones comunes tambien á ambas instituciones; de éstas, unas son anteriores á la aceptacion del cargo, otras coetáneas á la administracion, y otras posteriores.

9. 1.º *Anteriores á la aceptacion.* Las incapacidades y excusas. Fianza. Juramento é inventario.

10. *a. Incapacidades*, llamadas tambien excusas necesarias, son la imposibilidad en que algunos se hallan para ejercer los cargos de tutor ó curador; están incapacitados (2):

1.º Los que por impedimento físico ó moral no pueden atender á sus asuntos, como los ciegos, mudos, mentecatos ó locos.

2.º Los menores de veinticinco años.

3.º Las mujeres: hoy no lo están la mujer, la abuela ni las hermanas del incapacitado (3).

4.º Los obispos y eclesiásticos.

5.º Los militares en activo servicio, ó retirados que sirvieron quince años sin interrupcion (4).

6.º Los recaudadores de tributos, puesto que todos sus bienes estaban afectos á su gestion, esto puede decirse que se halla hoy derogado, pues todas las hipotecas son especiales (5).

7.º Los deudores del pupilo menor ó incapacitado (6).

8.º Los ascendientes, tutores, curadores ó maestros, que con abuso de autoridad hubiesen cooperado á los delitos de violacion, estupro, corrupcion de menores y rapto.

9.º Los declarados reos de corrupcion de menores en interes de un tercero (7).

---

(1) Ley 12, tít, II, Partida III.—Ley de 18 de Junio de 1870, art. 4.º, reglas 1.ª, 2.ª, 4.ª, 8.ª

(2) Tít. XVI, Partida VI.

(3) Ley 4.ª, tít. XVI, Partida VI.—*Ley orgánica del Poder judicial*, art. 309, regla 4.ª—*Ley de Enjuic. civil*, artículos 1234 al 1247.

(4) Ley 4.ª, tít. XVI, Part. VI y *Orden. del ejér.*, tratado VIII, art. 6.º

(5) *Ley hipotecaria*, art. 465.

(6) Ley 14, tít. XVI, Partida VI.

(7) *Código penal*, artículos 373 y 466.

10. Temporalmente los que sufren la pena de interdiccion civil (1).

A pesar de lo expuesto, los clérigos pueden ser tutores de sus parientes, y el deudor puede serlo tambien si está nombrado en el testamento (2).

11. *b. Excusas*, que son las causas justas, que alegadas ante el magistrado, eximen del cargo de guardador, y que como introducidas en favor de los que las oponen, pueden ser renunciadas expresa ó tácitamente; podrán, pues, excusarse de la guarda (3):

1.° Los que tienen cinco hijos varones vivos ó muertos en defensa del Estado (4).

2.° Los ausentes por causa del Estado miéntras lo están, y un año despues de su vuelta respecto á la nueva tutela, pero no á la que tenian (5).

3.° Los jueces y magistrados en actual ejercicio respecto á la nueva tutela (6).

4.° Los recien casados en los cuatro primeros años de su matrimonio (7).

5.° Los maestros públicos con nombramiento real, de retórica, gramática, filosofía y medicina (8).

6.° Los que estando por servicio nacional en un lugar determinado, no puedan por ello desempeñar el cargo (9).

7.° Los que sobre parte ó toda la herencia tengan pleito con el menor.

8.° El enemigo capital no reconciliado con el padre (10).

9.° Los que tienen tres cargos, de guardador (11).

10.° El que fué tutor, de ser curador (12).

---

(1) *Cód. penal*, art. 41.—Ley de 18 de Junio de 1870.

(2) *Ley de Enjuic. civil*, artículos 1245 y 1246.—Ley 14, tít. XVI, Partida VI.—Ley de 14 de Abril de 1838, artículos 1.° y 2.°—*Ley hipotec.*, artículos 207, 208, 211.—*Ley del Mat. civil*, art. 64.

(3) Tít. XVII, Partida VI.

(4) Ley 2.ª, tít. XVII, Partida VI.

(5) Ley citada.

(6) Idem, id., id.

(7) Ley 7.ª, tít. II, lib. X, *Nov. Recop.*

(8) Ley 3.ª, tít. XVII, Partida VI.

(9) Idem, id., id.—*Real decreto* de 17 de Febrero de 1834, art. 15.

(10) Ley 2.ª, tít. XVII, Partida VI.

(11) Ley 2.ª, tít. XVII, Part. VI.

(12) Ley 3.ª, id., id.

11.° Los que viven de su trabajo corporal (1).

12.° Los valetudinarios (2).

13.° Los que no saben leer ni escribir (3).

14.° Los mayores de sesenta años (4).

12. Las excusas deben proponerse ante el juez, en los cincuenta dias siguientes al en que el nombramiento llegue á noticia del interesado, no distando más de cien millas del pueblo donde se hizo; si excede, un dia más por cada veinte millas (5). El juez deberá dictar sentencia dentro de cuatro meses (6).

Si el tutor se siente agraviado puede apelar. Si se desecha la excusa, será apremiado á recibir el cargo, y pagará al menor daños y perjuicios desde que supo el nombramiento hasta que aceptó (7).

13. *c. Fianza.* Ya hemos hablado de ellas, é indicado que deben ser hipotecarias.

14. *d. Juramento.* Ántes de proceder al discernimiento del cargo, jurarán desempeñarlo bien y fielmente (8).

15. *e. Inventario.* Los guardadores le formarán de todos los bienes del huérfano, y será solemne, circunstanciado y comprensivo de todos los bienes; hecho, no admite contradiccion. No se fija tiempo, pero el guardador que no le haga, será considerado sospechoso: por punto general se les entregan los bienes por inventario.

No está exento ningun guardador, pues aunque la Ley de Enjuiciamiento sólo habla del curador ejemplar, el silencio respecto á los demas no deroga las leyes anteriores (9).

16. 2.° *Obligaciones durante el ejercicio de la tutela.* Son la educacion, alimentacion, y administracion y conservacion de los bienes.

17. *a. Educacion.* Comprende ésta la direccion moral y civil

(1) Ley 2.ª, tít. XVII, Partida VI.
(2) Idem, id., id.
(3) Idem, id., id.
(4) Idem, id., id.
(5) Ley 14, id., id.
(6) Idem, id.
(7) Ley 4.ª, tít. XVII, Partida VI, y ley 8.ª, tít. XIII, Partida III.
(8) Ley 94, tít. XVIII, Partida III.—*Ley de Enjuiciamiento civil*, art. 1269.
(9) Ley 2.ª, tít. VII, lib. III, *Fuero Real.*—Ley 120, tít. XVIII, Partida III.—Ley 15, tít. XVI, Partida IV.

del huérfano, que debe ser proporcionada á su posicion social y facultades; se confiará á la persona ó establecimiento designados por el padre; en su defecto le marcará el juez. Si no tiene bienes, se le dedicará á un oficio ú ocupacion con que pueda vivir (1).

18. *b. Alimentos.* Son todos los gastos que ocasione la manutencion y educacion del menor. Si no los señala el padre, lo hará el juez, cuidando no excedan de las rentas y frutos, quedando íntegros los capitales. A ser posible, se les señalará fruto por pension (2).

Si fuere peligroso al menor el descubrimiento de su fortuna, podrá anticipar el guardador lo necesario, que le será reintegrado.

19. *c. Administracion y conservacion de los bienes.* El guardador está obligado á emplear en la administracion y conservacion de los bienes el celo que dedican á los suyos los hombres diligentes, reparando los edificios, haciendo labrar las tierras y sosteniendo á los ganados (3).

No podrá vender los bienes del menor ó incapacitado, sino con licencia judicial y prévio expediente de utilidad y necesidad, en pública subasta, y con las demas formalidades marcadas en la Ley de Enjuiciamiento civil, segun que los bienes sean raíces, derechos, alhajas ó muebles y semovientes (4).

Los bienes muebles tambien se venderán con las solemnidades que se usen en el pueblo en que se vendan, pero debe hacerse con gran cuidado cuando puedan conservarse. Los esclavos de Ultramar se consideran bienes muebles (5).

Los menores de veinticinco años, aunque estén casados, tienen que vender los inmuebles con las formalidades legales; si no, la venta es nula; la licencia del marido mayor de edad no basta para vender los bienes de la mujer menor (6).

(1) Leyes 16, 19, tít. XVI, Partida VI.

(2) Leyes 16, 20, tít. XVI, Partida VI.—*Ley de Enjuiciamiento civil*, artículos 1261, 1272, 1273.

(3) Ley 20, tít. XVI, Partida VI.

(4) Leyes 15 y 17, tít. XVI, Partida VI.—Ley 18 Junio 1870, art. 4.°, regla 5.ª—*Código penal*, art. 43.

(5) *Ley de Enjuiciamiento civil*, artículos 1401 al 1408.—Ley 18, tít. XVI, Partida VI.—*Sentenc. del Sup.*, 12 Marzo 1864.—Ley 4.ª, tít. V, Partida V.—*Sentencia del Sup.*, 12 Mayo 1859.

(6) *Sentencias del Sup.*, de 28 Noviembre 1863, 19 Octubre 1865, 18 Setiembre 1862.

Tampoco puede el guardador hipotecar bienes raíces, sin las mismas formalidades que para la venta están prescritas, ni prendar los muebles ni transigir, sin autorizacion judicial y expediente de utilidad (1).

El guardador deberá intervenir en todos los actos de administracion, ya administrando realmente, ya autorizando ó ya consintiendo.

Como derechos de administracion, se les concedia la décima de los frutos; hoy señala el juez generalmente frutos por pension (2).

20. 3.° *Obligaciones al terminar la tutela.* Tienen la de dar cuentas y devolver los bienes que administraron. El curador *ad litem*, y en su defecto el Ministerio fiscal, serán siempre oidos. No están exentos de aquella obligacion, aunque el padre los haya relevado, pero sí á los que el juez competente haya señalado frutos por pension.

La aprobacion dada durante la menor edad se hace sin perjuicio de que el menor pueda reclamar de agravios (3).

Si las cuentas están mal dadas, se puede pedir por los perjudicados se formen de nuevo. Los pupilos deben reintegrar á sus guardadores (4).

Ántes tenian sobre los bienes de éstos hipoteca legal tácita, hoy es especial y expresa.

Es tal el esmero que las leyes han puesto en asegurar los intereses de los que están sujetos á la guardaduría, que no sólo castigan los hechos perjudiciales al incapacitado, que sino los previene, removiendo el guardador cuya conducta parece sospechosa; y á esto se llama:

21. *Remocion de tutor sospechoso.* Que desde luégo suspende al guardador en sus funciones, y que, prévio expediente judicial con-

---

(1) Ley 8.ª, tít. XIII, Partida V.—Ley 18, tít. XVI, Partida VI.—*Ley hipotecaria*, art. 107.—*Ley de Enjuiciamiento civil*, arts. 1411 y 1412.

(2) Ley 3.ª, tít. I, Partida V.—*Sentenc. del Sup.*, 8 Enero 1869.—Ley 3.ª, título III, lib. IV, *Fuero Juzgo.*—Ley 2.ª, tít. VII, lib. III, *Fuero Real.*—Ley 4.ª, título XVI, Partida VI.—*Ley de Enjuiciamiento civil*, art. 1261 al 1263.

(3) Ley 94, tít. XVIII, Partida III.—Ley 21, tít. XVI, Partida VI.—*Ley de Enjuiciamiento civil*, art. 1273.—*Sentenc. del Sup.*, 7 Abril 1859.—*Ley de Enjuiciamiento civil*, art. 1275.

(4) *Sentenc. del Sup.*, 7 Diciembre 1863.

tencioso, produce la remocion, y en su caso la pena, si ha habido mala fe en la administracion (1).

22. Son causas para considerar sospechoso al guardador (2).

Haber enseñado malas costumbres al huérfano.

Omitir la formacion de inventario.

No gestionar judicialmente por el incapacitado.

Decir al juez falsamente que no podia alimentarlo.

Ocultarse al saber el nombramiento.

Saberse que habia aceptado, siendo enemigo del menor ó de sus padres.

La accion para acusar de sospechoso es pública, pueden hacerlo las mujeres y el juez de oficio.

23. *Termina el cargo de guardador :*

Por su muerte ó la del incapacitado.

Por pasar la abuela á segundas nupcias, sin cumplir las condiciones exigidas por la ley.

Por cesar la incapacidad.

Si el menor es arrogado, pues entra en patria potestad.

Si al guardador se le admite la excusa propuesta.

Cuando el menor casado cumple diez y ocho años.

Si obtiene dispensa de edad.

Si el guardador incurre en la pena de interdiccion.

## DERECHO FORAL.

24. ARAGON. Los *Fueros* sólo hablan de la *curaduría ejemplar*, nada de la de los menores. Se exigia fianza, hoy se sigue lo dispuesto en la Ley hipotecaria. Deben prestar juramento prévio de ejercer bien el cargo. En concurrencia de varios guardadores, es preferido el que hizo el inventario, y si no se ha hecho, sirve de base para rendir cuentas el juramento diferido del menor, ya mayor de edad, ó de sus herederos. El guardador puede enajenar los bienes muebles ; los raíces, con autorizacion judicial solamente. No percibe la décima de administracion, ni puede dar cuentas al menor de veinte años sin autorizacion del juez y dos parientes próximos de la linea de donde vengan los bienes. El

(1) Leyes 3.ª y 4.ª, tít. XVIII, Partida VI.—*Ley de Enjuiciamiento civil*, artículo 1276.

(2) Ley 21, tit. XVI.—Ley 1.ª, tít. XVIII, Partida VI.

menor de veinte años no puede contratar sino en capitulaciones matrimoniales sin la autoridad del juez, y de dos parientes próximos de la línea de donde descienden los bienes (1).

La madre no perdia la tutela, aunque pasase á segundas nupcias. Hoy tiene la patria potestad (2).

25. NAVARRA. No se ocupan sus *Fueros* de la curaduría, y se sigue el Derecho romano. Los bienes de menores se arrendarán siempre en subasta, anunciada ocho dias ántes, señalando dia, hora y lugar de la celebracion; despues de ella, y á los veinte dias, se hace otro remate definitivo, miéntras se admiten todas las pujas beneficiosas. El guardador tenía la vigésima de administracion. La viuda que se casa pierde la tutela. Hoy esto no tiene lugar, por gozar de la patria potestad (3).

26. CATALUÑA. Los guardadores prestan el juramento prévio. Los menores púberes sin padre ni guardador pueden obligarse, pero quedándoles á salvo la restitucion. No pueden hacer donacion, remision ni absolucion á favor del guardador ni de sus allegados. El instrumento será nulo, á no ser hecho con autorizacion judicial y firmado con el consentimiento de los tres parientes más próximos, por parte de padre y madre, ó padre solo ó madre sola, ó de tres amigos muy allegados (4).

---

(1) Observ. 7.ª, *de tutor.*—Observ. 3.ª, *de tutor*, lib. 5; Fuero II, *de tutor;* Fuero único, *ut minor* XXV, *annis*, lib. V.—Observ 6.ª, *de tutor;* Fuero único, *de libert et absolution*, lib. V.

(2) *Fuero* III, *de tutor.*—Observ. 3.ª, *de tutor.*

(3) Leyes 1.ª y 2.ª, tít. XVII.—Ley 1.ª, tít. X, lib. III, *Nov. Recop. de Navarra.*

(4) *Córtes de Perpiñan* 1351.—Capitulos IX, XVII, *Sentenc. del Sup.*, 20 Octubre 1866.

# LECCION XXIV.

**Instituciones del Derecho civil.—De las personas.—Curatela.**

**SUMARIO.**

1 y 2.—De la restitucion in integrum. Su definicion.—3. Indicacion histórica.—4. Exámen legal de la institucion.—5 y 6. Exámen económico.—Derecho comun.—7. Exámen de la restitucion *in integrum*.—8. Quiénes gozan de este beneficio.—9. Contra quiénes se da.—10. Casos en que se da y cesa.—11. Reforma de la ley hipotecaria.—12. Su exámen.—13. Tiempo para pedirla.—Derecho foral.—14. Aragon.

1. Hasta tal punto han querido las leyes llevar su proteccion á los menores é incapacitados, que no contentas con darles todas las garantías que hemos visto les otorgan, áun les conceden una tan extraordinaria, que merece llamar muy especialmente la atencion.

2. La restitucion in integrum, ó sea la reposicion del negocio en que el menor ha sufrido daño, al sér y estado que tenía ántes de habérsele inferido, es el nuevo favor que las leyes le otorgan.

3. Aparece en Roma, como una consecuencia de la facultad concedida al menor, de tomar ó no curador, y se extiende á España con las mismas condiciones con que en Roma se conocia.

4. Examinada esta institucion bajo el punto de vista económico y legal, apénas tiene un punto defendible: legalmente, es injusto dejar derechos legítimamente adquiridos sin seguridad y á merced de la voluntad del principal interesado, tal vez, en vulnerarlos despues de haber obtenido de ellos beneficios. Si realmente el menor ha sido perjudicado por la mala administracion de su tutor, exíjasele á éste toda clase de responsabilidades, pero no se exponga al que contrató de buena fe y creyendo que la ley le garantizaba á tener que sostener pleitos y cuestiones.

5. Bajo el aspecto económico general, fácilmente se comprende los perjuicios que esa misma inseguridad puede causar, y hasta qué punto contribuir al estancamiento de la propiedad; y relativamente á los menores é incapacitados, el beneficio se torna las más de las veces en perjuicio no escaso, porque esa misma inseguridad dificulta las transacciones, y hace que cuando se verifiquen, las ganancias de los que con menores contratan, sean relativas al peligro que puedan correr en adelante.

6. De desear es que la *restitucion* desaparezca muy pronto de nuestros Códigos, buscándose en otra parte la garantía para los menores.

### DERECHO COMUN.

7. Ocupándonos de esta institucion, puesto que existe, veamos quiénes pueden gozar de ese beneficio, contra quiénes se da, y en qué casos.

8. 1.° *Gozan del beneficio de la restitucion:* Los menores y sus herederos, los física y moralmente incapacitados, y los ausentes por causa de la república ó del procomunal, ó sus herederos (1).

9. 2.° *Se da este beneficio* contra todas las personas que trataron ó contrataron con los que le gozan, si en esos contratos salieron aquéllos perjudicados, siempre que no les competa tambien el mismo privilegio, pues en ese caso sólo tendrá lugar si al uno ha causado beneficios y al otro daño.

10. 3.° *Casos en que se da.* Siempre que ha habido lesion por culpa del guardador, ó razon de edad, áun en los actos judiciales, y en las ventas hechas en pública subasta, si ha habido lesion enorme (2).

No podrá ejercitarse si el menor, con engaño, se hizo pasar por mayor de edad. Si un pleito comenzado durante la menor edad se sentenció siendo ya mayor. En las sentencias por delitos. En los pagos hechos por órden judicial. Si se sentenció en contra de la restitucion durante la menor edad. En los términos fatales. En

---

(1) Ley 8.ª, tít. XIX, Part. VI.—Ley 4.ª, tít. XII, y 4.ª, tít. XIV, Part. V.—Ley 10, tít. XXIII.—Ley 28, tít. XXIX, Part. III.

(2) Ley 1.ª, tít. XIII, y 3.ª, tít. XXV, Part. III.—Leyes 2.ª, 3.ª, 5.ª, tít. XIX, Partida VI.—*Sentencia del Sup.*, de 12 de Junio de 1863.

las sentencias ejecutorias, y contra el término para interponer recursos de nulidad y casacion (1).

11. La ley hipotecaria ha introducido una profunda variacion al declarar que no se da la restitucion contra un tercero que ha adquirido con buena fe la propiedad ú otro derecho en la cosa, si no ha tenido parte en el contrato orígen del daño, ó hizo inscribir su título en el registro (2).

12. Es indudable que puede considerarse la disposicion de la ley hipotecaria como un gran paso de progreso, si bien no suficiente para asegurar la propiedad y los derechos que de ella surgen. Era cruel é injusto que un tercero, que no habia tenido participacion en el contrato objeto de la restitucion, pero que, creyendo de plena buena fe que contrataba con el dueño legítimo de la cosa, habia creado derechos perfectamente legales, los viese perdidos por actos completamente ajenos á su voluntad; y esto lo ha evitado la ley hipotecaria muy justa y acertadamente.

13. El tiempo para pedir la restitucion es, durante la menor edad, incapacidad ó ausencia, y cuatro años despues, que se llama *cuadriennio legal*. Se concede en juicio contencioso, probando el menor el perjuicio sufrido (3).

### DERECHO FORAL.

14. ARAGON: No se conoce, ni para los menores ni para los ausentes, pues los bienes de unos y otros se conservan ilesos por beneficio del fuero (4).

---

(1) Leyes 1.ª y 2.ª, tít. XV, Partida III.—Leyes 6.ª, 4.ª y 5.ª, tít. XIX, Part. VI.—Ley 4.ª, tít. XIV, Partida V.—2.ª, tít. XIII, lib. X, *Nov. Recop.*—*Ley de Enjuiciamiento civil*, art. 31.—Sentencias del Sup. de 27 de Abril de 1860, 1.º de Mayo de 1866, 24 de Enero de 1859.

(2) *Ley hipotecaria*, art. 38.

(3) Ley 8.ª, tít. XIX, Partida V, y 2, tít. XXV, Partida III.—Sentencia de 3 de Abril de 1869.—Ley 28, tít. XXIX, y 10, tit. XXIII, Partida III.

(4) Observ. única, *de contract. minor.*

# LECCION XXV.

**Instituciones del Derecho civil.—De las cosas en general.**

---

**SUMARIO.**

1 y 2. IDEA GENERAL DE LAS COSAS.—3 al 5. *Cosa* en sentido jurídico, su definicion.—Sus condiciones: constitutivas, modificativas. —6. Division de las cosas por razon de la *forma.*—7. Por su *modo de relacion.*—8. De qué cosas se ocupa el Derecho civil.—9. Cosas *corporales.*—10.—*Incorporales.*—11. Cosas *comunes.* —12. *Públicas.* —13 al 15. Cosas de *propiedad privada.* —16 al 22. Cosas por razon de su forma.—*Inmuebles:* por su naturaleza, destino y situacion. —22 al 24. *Muebles*: por razon de su esencia, de analogía. —25. Cosas *rústicas* y *urbanas.*—26. *Fungibles.*—27. *No fungibles.*—28. *Presentes* y *futuras.*

1. Hemos terminado cuanto se refiere al primer objeto del Derecho, ó sea á las PERSONAS; tócanos ahora ocuparnos del segundo, ó sea de las cosas.

2. Cosa es todo cuanto existe con existencia material; pero no basta esto: para que sean objeto del Derecho es necesario ademas que se puedan presentar como condiciones de que el hombre puede disponer; sólo en este sentido nos ocuparémos de ellas.

3. COSA, pues, con relacion al Derecho *es todo lo que existe* ó *puede existir* y *ser útil al hombre.*

Sólo en este sentido las cosas pueden ser objeto del Derecho, esto es, ostentar un estado jurídico.

4. Sus *condiciones constitutivas* son que existan ó puedan existir, y que se traduzcan para el hombre en medios de realizar algun fin.

5. Sus *condiciones modificativas* nacen; ya de la forma que ostentan, ya tambien de la distinta manera en que se relacionan con el hombre.

6. De aquí el que las cosas se dividan, por razon de su *forma*, en *corporales* é *incorporales; muebles, semovientes* é *inmue-*

*bles; fungibles* y *no fungibles; presentes* y *futuras; rústicas* ó *urbanas.*

7. Por razon de la *manera con que se relacionan* con el hombre, serán: *comunes, públicas* y *de propiedad privada.*

8. Realmente el Derecho civil sólo debe ocuparse de las cosas susceptibles de apropiacion privada; pero como las leyes de Partida, siguiendo á las romanas, hayan dividido las cosas en cosas comunes á todos los seres animados, cosas comunes á los hombres, de uso comun de los pueblos, susceptibles de propiedad privada, y que no están en señorío, harémos de ellas una breve indicacion (1).

9. *Cosas corporales* son las que *pueden tocarse*, esto es, las que caen bajo el dominio de los sentidos y tienen una existencia real.

10. *Cosas incorporales* son las que no pueden tocarse, las que son puramente una creacion del Derecho, que las hace objeto de su accion.

Tanto las unas como las otras pueden estar en el patrimonio del hombre ó fuera de él, como verémos luégo.

11. *Cosas comunes* y *públicas.*

*Cosas comunes* son aquellas cuyo uso corresponde á todos, pero que no pueden ser objeto de apropiacion privada: á estas cosas pertenecen el agua, el aire, el mar, los rios; estas cosas, sin embargo, prestan al hombre utilidad, y son objeto de leyes, que las regulan y regulan su uso.

De las cosas comunes, las que más particularmente han fijado la atencion de los legisladores, por la utilidad inmensa que prestan, son las aguas, que en nuestros dias han sido en España objeto de una ley (2).

Comienza esta ley hablando del mar y de sus riberas. Definiendo lo que es mar español, litoral, y cuáles son los derechos que en él tienen el Estado y los particulares para la navegacion, pesca y uso de las aguas; costas y fronteras marítimas, playas y desembocaduras de los rios.

Defínense tambien los derechos que asisten á los dueños de predios ribereños para plantar y edificar, si bien prévio conocimiento de las autoridades.

---

(1) Ley 2.ª, tít. XXVIII, Partida III.
(2) *Ley de Aguas* de 3 de Agosto de 1866.

Son igualmente comunes las aguas pluviales que bajan en torrentes ó ramblas por cauces del dominio público, y las de los rios, manantiales y arroyos que contínua ó discontínuamente corran por sus cauces naturales; en ellos tambien la pesca es comun, pero sólo con autorizacion del Gobernador se podrán construir aparatos destinados á ella (1).

12. *Cosas públicas* son las de uso comun de los pueblos, y pueden ser: realmente de uso comun, como las fuentes, caminos, ejidos, etc., ó bien constituir su patrimonio particular, y suelen llamárseles bienes de propios, esto es, destinados á atender á las obligaciones municipales.

Finalmente, las cosas pueden estar en propiedad privada, ó no ser de ella susceptibles.

13. *Cosas de propiedad privada* son «las que *pertenecen* señaladamente á cada un ome para poder ganar ó perder el señorío de ellas» (2). Éstas son las *cosas* que, como hemos dicho, entran verdaderamente en la esfera *jurídico-civil;* poco importa que el dueño sea un particular, un pueblo, una corporacion hábil para adquirir, retener ó enajenar bienes, ó el Estado mismo. Desde el momento en que las cosas entran bajo la accion particular y pueden ser objeto del dominio, y adquirirse, traspasarse ó enajenarse, desde ese momento son objeto de la ley civil, son cosas en el sentido jurídico.

14. En contraposicion con las cosas de propiedad privada, las *Partidas*, siguiendo la legislacion romana, hablan de las cosas que no están en nuestro dominio, y las dividen en sagradas, religiosas y santas; division inexácta é inaplicable hoy (3).

Los autores suelen sustituir esta division con la de cosas sagradas, religiosas y temporales, diciendo que son las primeras las consagradas á Dios y al culto, y que son inenajenables, excepto en los casos fijados por las leyes; las segundas los establecimientos constituidos por la autoridad eclesiástica para casos piadosos, que están, sin embargo, bajo la inspeccion de las autoridades ad-

(1) *Ley de Aguas* de 3 de Agosto de 1866.—*Real cédula* de 17 de Diciembre de 1760.—*Real resolucion* de 8 de Mayo de 1775.—*Ley sobre fraudes á la Hacienda* de 3 de Mayo de 1830, art. 15.—*Real decreto* de 20 de Junio de 1852, art. 18, caso 10.—Leyes 3.ª y 4.ª, tít. XXVIII, Partida III.

(2) Leyes 2.ª, 9.ª y 10, tít. XXVIII, Partida III.

(3) Leyes 13, 14 y 15, tít. XXVIII, Partida III.

ministrativas, y las terceras son las rentas y propiedades que la Iglesia posee, y que hoy, merced á las leyes desamortizadoras, corresponden al Estado.

15. Ocupándonos ya de las cosas sometidas al dominio particular, es decir, bajo el punto de vista puramente jurídico, tratarémos de la division que hicimos por razon de la forma que esas mismas cosas ostentan.

16. Las cosas, por razon de su forma, se dividen y clasifican del modo siguiente:

Ya hemos definido las *cosas corporales é incorporales;* éstas sólo se conciben con la inteligencia, y á ellas pertenecen toda clase de derecho y acciones (1).

17. Cosas *inmuebles ó raíces, y muebles;* esta division es la más importante bajo el punto de vista jurídico, y ha sido universalmente adoptada por la ciencia y por todos los pueblos.

18. *Cosas inmuebles ó raíces* son *la tierra y las cosas unidas á ella de tal manera, que forman un mismo todo;* pueden serlo ó por su *naturaleza*, ó por *el uso á que se las destina*, ó por su *situacion*.

19. Son *inmuebles por su naturaleza* la tierra y cuantos cuerpos se hallan á ella ligados; así, pues, las minas, los predios rústicos, los edificios, acueductos y los frutos y árboles no separados del suelo.

20. Lo son por su *destino* las cosas que, siendo esencialmente muebles, están adheridas á las inmuebles de tal manera, que separadas no prestan utilidad, como los alfolíes, tinajas empotradas, llaves, brocales de pozos, etc.

21. Lo son por su *situacion* algunas cosas incorporales, como las acciones reivindicatorias, las servidumbres reales y personales (2).

22. *Cosas muebles* son las que, estando independientes del suelo, pueden moverse ó ser movidas; en el primer caso se llaman semovientes, y en el segundo, verdaderamente muebles, que pueden serlo por su esencia y por analogía.

23. Por su *esencia* lo son todas las cosas inanimadas que pueden ser movidas de un punto á otro, tales como los materiales, efectos y frutos y árboles separados de la tierra.

(1) Ley 1.ª, tít. XXX, Partida III.
(2) Ley 29, tít. V, Partida V.

24. Por *razon de analogía*, los oficios enajenados de la corona, inscripciones de la deuda pública, acciones de bancos, sociedades mercantiles ó industriales y rentas sobre efectos públicos ó de particulares (1).

25. *Cosas rústicas y urbanas*, clasificacion muy importante para resolver las cuestiones de servidumbre, y acerca de la que ni los autores ni las leyes han estado acordes; comenzaron las dudas y cuestiones en las leyes romanas, y los tratadistas las han continuado, diciendo unos que son rústicas las que están en el campo, y urbanas las que están en la ciudad; otros, que rústicas las destinadas á la agricultura, y urbanas á la habitacion, y otros, en fin, y es la opinion más admitida, que rústicas son las que consisten en el área, y urbanas en la superficie.

*Cosas fungibles y no fungibles.*

26. *Cosas fungibles* son las que consisten en un género y pueden numerarse, pesarse ó medirse, y por consecuencia ser perfectamente sustituidas unas por otras.

27. *Cosas no fungibles* son las que, consistiendo en especie, tienen una existencia tan individual, que no pueden ser representadas ó sustituidas por otras.

28. *Cosas presentes y futuras*: Son las primeras las que existen, las segundas las que pueden existir, pero sobre las que tiene accion la ley, bien sea que su existencia dependa de un hecho cierto y natural, como los frutos de una heredad; bien del azar, como la caza, la pesca, los productos de una mina.

---

(1) Ley 4.ª tít. XXIX, Partida III.—*Ley hipotecaria: Exposicion de motivos*, artículo 4.º

# LECCION XXVI.

**Instituciones del Derecho civil. — De las cosas. — De la propiedad.**

**SUMARIO.**

1 al 7. Nocion de la PROPIEDAD racionalmente considerada.—8. Acepciones de la palabra.—9. Acepcion usual.—10. Científica.—11 al 13. *Derecho de propiedad* y *propiedad de Derecho*. — 14 al 17. *Trasmisibilidad* como complemento del Derecho de propiedad. — 18. Fundamento de este Derecho. Escuelas. — 19. Teoría de la *ocupacion*. — 20. De la *convencion*. — 21. Del *trabajo*. — 22. De la *ley*. — 23. Indicacion de las teorías *alemanas* y *socialistas francesas*. — 24. Necesidad de distinguir el orígen racional y el histórico de la propiedad. — 25. Derechos y deberes que nacen de la propiedad. — 26 al 28. La propiedad ante la razon, el Derecho y la economía política. — 29. El principio es indiscutible. — 30. Razon de ser de las escuelas socialistas.

1. Hemos dicho que las *cosas* son objeto del Derecho en tanto en cuanto se presentan como medios de satisfacer las necesidades del hombre, es decir, en tanto en cuanto éste puede imponerles su voluntad, someterlas á su poder, apropiárselas.

2. El acto por virtud del cual el hombre impone su voluntad á las cosas, las somete á su poder, las convierte en medios de satisfacer sus necesidades, es el hecho constitutivo de la propiedad.

3. LA PROPIEDAD es, pues, una condicion esencial del sér humano, porque teniendo éste necesidades que satisfacer, y no pudiendo hacerlo sin imponer su voluntad á las cosas que son medios de satisfaccion, si no se las apropiase, la vida sería imposible.

4. LA PROPIEDAD es un derecho primario, inalienable, inherente á la especie humana. Desde el momento que el hombre existe, el sentimiento de la propiedad se revela, como se revelan los sentimientos de todos los derechos absolutos.

5. Aparece primero su nocion grosera y limitada, para ir ampliando de dia en dia su esfera de accion, que á proporcion que más se extiende, más contribuye al perfeccionamiento del sér humano. Podemos, por lo tanto, decir que el desenvolvimiento de la propiedad constituye la historia del progreso humanitario.

6. La *Propiedad*, como hecho, ha sido universal y generalmente conocida; desde que existe memoria de los hombres y de los pueblos, existe memoria de la propiedad como hecho.

Desde que existe el hombre, existe el Derecho de propiedad; mejor dicho, éste, como todos los primarios, es preexistente.

7. En efecto, basta fijarse un punto en la naturaleza esencial del sér humano, para comprender que tiene un destino que realizar y que no puede conseguirlo sin vivir y desarrollarse, pero para esto es necesario que el hombre pueda satisfacer sus necesidades en las diversas manifestaciones integrales de la vida; pues bien, esto no puede conseguirlo sin el concurso de las cosas que le rodean, y que á veces sólo puede aprovechar destruyéndolas, lo cual no podria verificar si no tuviese el Derecho de hacerlas suyas para disponer de ellas á su arbitrio y voluntad: así, pues, la propiedad, bajo el punto de vista racional, se deriva de la naturaleza humana.

8. Pero, ¿qué es la *Propiedad?* Como todas las palabras, ésta tiene una acepcion usual y comun y otra científica.

9. Segun la primera: *Es la cualidad distintiva de un objeto.*

10. Segun la acepcion científica: *Es el conjunto de condiciones y medios externos en su forma, y necesarios en su realizacion, para el desenvolvimiento del individuo, de que él dispone en la cantidad y cualidades necesarias para sus necesidades.*

11. Por DERECHO DE PROPIEDAD se entiende: *La facultad racional del hombre, en virtud de la que se agita, segun el principio de justicia para adquirir un bien cualquiera y disponer de él para los fines de la vida.*

PROPIEDAD DE DERECHO: *Es el conjunto de cosas más ó ménos materiales unidas á una persona y puestas á su disposicion, para que las haga contribuir á su existencia y desarrollo.*

12. Así, pues, el *Derecho de propiedad* significa la idea absoluta, y la *propiedad de Derecho*, la realizacion de aquélla.

13. Dedúcese de las indicaciones que preceden que la propie-

dad debe estudiarse como nocion absoluta espiritual, y como nocion que va á realizarse en la vida externa, organizada por el Derecho.

El no haberse fijado esta distincion, y el haberse confundido la nocion absoluta de la propiedad con su organizacion y orígen histórico, ha dado márgen á lamentables errores.

14. Basta fijarse un punto en lo que hemos dicho para comprender que si el hombre tiene Derecho para apoderarse de las cosas, y destinarlas á la satisfaccion de sus necesidades en toda la extension necesaria para conseguirlo hasta destruir las cosas mismas, tendrá el Derecho de trasmitirlas, trasmitiendo así el Derecho de propiedad; la *trasmisibilidad*, pues, es el complemento de la propiedad.

15. Pero al tratar de la *trasmisibilidad*, surge una cuestion tan grave como importante, relativa á la extension que la trasmisibilidad puede y debe tener: que siempre que sea necesario hacer uso de ella para satisfacer una necesidad, para realizar un fin, puede la propiedad trasmitirse como puede destruirse, cosa es que no admite, que no puede admitir duda. Donde ésta aparece, cuando toma cuerpo é importancia, es cuando al trasmitir la propiedad ya no podemos usar de ella, ya no puede ese acto satisfacer una necesidad; esto es lo que acontece en la trasmision de la propiedad por las *sucesiones*.

16. Este Derecho ha sido negado por muchos, fundados en que áun, dada la legitimidad del Derecho de propiedad, y como su consecuencia, la del Derecho de desprendernos de ella para hacerla pasar á otras personas, como medio de cubrir una necesidad más ó ménos próxima; este Derecho no puede existir cuando ya nuestras necesidades han cesado, y por lo tanto, esa trasmision es eminentemente gratuita.

17. Aunque cuando nos ocupemos de las sucesiones tratarémos esta cuestion más extensamente, dirémos ahora que la naturaleza humana, creando lazos estrechísimos entre los hombres, muy especialmente cuando están ligados por los vínculos de la familia, hace que en ellos se perpetúe el hombre mismo, y, por lo tanto, que haga extensivos á los que de él han nacido los efectos todos de sus trabajos y de sus desvelos.

18. No ha bastado con que el Derecho de propiedad haya sido conocido y aceptado en todos los tiempos y en todas las civiliza-

ciones, para que las escuelas hayan dejado de levantar su voz combatiéndolo, ni para que hayan tratado de buscar su orígen filosófico é histórico. De estas escuelas, unas sólo se han ocupado de buscar á la propiedad un fundamento racional; otras han ido más léjos, negando que ese fundamento exista, y, por lo tanto, combatiendo la propiedad.

Vamos á ocuparnos de estas teorías con la mayor posible concision, tanto porque este estudio más bien pertenece á la filosofía del Derecho que al Derecho español, cuanto porque los límites de este trabajo nos exigen una gran sobriedad. Para los que quieran dar mayor extension á estos estudios, dirémos que pueden consultar nuestro *Programa* y *Tratado de Derecho natural*, los *de filosofía del Derecho de Ahrens* y *Belime* y las obras de los modernos economistas.

19. El sistema más antiguo de todos los que han tratado de explicar el fundamento de la propiedad es el de *la ocupacion*, aceptado ya por los jurisconsultos romanos como base de la propiedad. Parte de un estado antisocial, en el que todas las cosas eran *nullius*, esto es, carecian de dueño, el hombre vivia sólo de los frutos naturales de la tierra, y se apoderaba de las cosas segun lo exigian sus necesidades, abandonándolas cuando ya no le eran necesarias; pero muy pronto la razon le hace comprender que es muy conveniente perpetuar esos mismos medios de cubrir sus necesidades, y la ocupacion temporal y pasajera se convierte en perpétua.

Este sistema confunde el orígen filosófico de la propiedad con el que tal vez haya sido su orígen histórico.

La *ocupacion* es un hecho, solamente un hecho, y jamas los hechos pueden ser orígen ni fundamento del Derecho.

La *ocupacion* es el efecto de un hecho fortuito, y por lo tanto, aceptado, el fundamento de la propiedad sería el acaso.

Por otra parte, al lado de la necesidad de un individuo están las de otro y otros, y por lo tanto, si por la ocupacion habia uno satisfecho esas necesidades, y quedaba otro sin satisfacerlas, tendria el Derecho de ocupar lo necesario para conseguirlo, estuviera donde estuviera, y surgiria una lucha entre seres iguales, y por lo tanto, no la *ocupacion*, sino la *fuerza*, sería el orígen del Derecho de propiedad.

Sería, ademas, el límite de la propiedad la voluntad indivi-

dual, porque el hombre ocuparia cuanto le pareciere necesario á sus miras interesadas, sin consideracion á nadie ni á nada.

Hoy, en fin, es inaplicable, porque todas las cosas son ya objeto de la propiedad.

20. Han sostenido otros que el fundamento de la propiedad es una *convencion*, un pacto tácito, que se ha verificado entre los hombres. Vivian éstos en el estado natural, esto es, solos y aislados; cada uno ejercia libremente su actividad, y hacía cuanto su voluntad queria; por lo tanto, se apropiaba de todo lo que le parecia conveniente: pero apénas los hombres se acercan unos á otros, hay varios que quieren una misma cosa y se la disputan, y terminan por convenir y pactar que cada uno tome aquello que le convenga, pero á condicion de respetar mutuamente las adquisiciones hechas.

La teoría del *pacto social*, creada por Rouseau, no necesita hoy casi combatirse, pues está demostrada cumplidamente su falsedad.

Ese estado antisocial jamas ha existido; el hombre nace en sociedad, y en sociedad y relacionado con los demas hombres vive, por lo tanto, nunca aislado y solo.

No existe el más remoto recuerdo de que los hombres, en general hablando, hayan jamas verificado un pacto, ni para vivir reunidos, ni para repartirse con igualdad las cosas, objeto de la propiedad.

Por otra parte, es sabido que un pacto ó contrato sólo obliga á las partes contratantes y no más; así que el contrato, fundamento de la propiedad, quedaria roto desde el momento que dejando de existir los que le constituyeron, hubiera uno que no se conformase con lo acordado por aquéllos.

Más aún: ¿quién, en caso de duda ó colision, tendria fuerza suficiente para imponerse y hacer que el pacto se cumpliera?

21. Otras escuelas han buscado el fundamento de la propiedad en el *trabajo*. El hombre aplicando su actividad y su trabajo á las cosas que le rodean, las personaliza, trasformándolas y utilizándolas para hacerlas medio de satisfacer sus necesidades. Esta teoría es un progreso, porque no es ya sólo un hecho material, como la ocupacion el que da orígen á la propiedad, sino un acto complejo, en que toman parte la materia y el espíritu que modifica la materia, y hacen nuestra la nueva creacion del trabajo y

de la inteligencia, que no son elementos eventuales, sino constantes, y que hacen que no podamos ser privados sin injusticia de lo que ha surgido de nuestra actividad. Esta teoría ha servido de base al Código civil frances.

Pero tampoco podemos aceptarla. La produccion del hombre debida al trabajo es secundaria, tiene que recaer sobre algo. No se puede poner en movimiento nuestra actividad si no existe una primera materia modificable y trasformable; ahora bien: esa cosa, esa materia primera ¿á quién pertenece? Y si tiene dueño, y éste no es el que á ella ha aplicado su trabajo, el nuevo producto, ¿para quién será? ¿Para el trabajador ó para el dueño de la materia primera?

Segun esta teoría, sólo podria recaer la propiedad sobre lo que fuera susceptible de ser modificado por el trabajo; la propiedad se extiende á cosas sobre que no influye el trabajo, luego en otra parte debemos buscar su fundamento.

22. Mr. de Montesquieu y Mr. Bentham, no satisfechos con las teorías anteriores, crearon una nueva, y buscaron los fundamentos de la propiedad en la *ley*. El segundo de estos escritores es en este punto consecuente con su sistema general de moral y de Derecho; para él no existen nociones absolutas, todas nacen de la *ley positiva* sola y exclusivamente. Montesquieu, por el contrario, reconoce la existencia del Derecho natural, si bien le materializa, dando una inmensa importancia á los climas, las razas, la forma del terreno y otras causas materiales.

Segun ellos, la propiedad tiene su solo y exclusivo fundamento en la *ley positiva*, que acrece y fortifica la propiedad, segun lo exigen los tiempos y las necesidades.

El hombre tenía derecho sobre cuantas cosas existen, puesto que sólo son medios de satisfacer sus necesidades. En los tiempos primitivos, por lo tanto, todas las cosas eran comunes, y el hombre usaba de ellas como mejor le parecia; pero esta comunidad traia en pos de sí la lucha constante entre los que simultáneamente querian aprovecharse de ellas, hasta que reunidos los hombres en sociedad y al amparo de las leyes positivas, éstas dan á cada uno el Derecho sobre aquella parte de cosas que basta para cubrir sus necesidades; y el hombre, en cambio de estos bienes y ventajas que las leyes positivas le otorgan, consiente en no turbar el goce y disfrute de los demas.

El fundamento de la propiedad es la *ley positiva,* y su sancion la *utilidad.*

La refutacion de este sistema no es difícil. Adóptase para fundar la propiedad un hecho histórico negado por los autores del sistema al tratar de los fundamentos del Derecho en general, el estado antisocial del hombre, que si no puede producir el Derecho, tampoco podrá producir una de sus partes, el de propiedad.

La ley positiva es una declaracion del poder social, y, por lo tanto, variable á voluntad de éste, en el fondo y en la forma, cuando la propiedad, si bien puede variar en su organizacion y formas, no así en su esencia, que siempre es inmutable.

Si sólo la ley positiva es su fundamento, todas las modificaciones de la propiedad, áun las más contrarias á la justicia, serian aceptables en tanto en cuanto la ley las legitimase, y sin embargo, todos distinguen entre una organizacion justa ó injusta de la propiedad.

23. No nos ocupamos de las escuelas alemanas ni de las modernas escuelas francesas, porque no podemos dar á esta leccion toda la extension que para ello sería necesaria, sólo dirémos que las primeras, apartándose de las que hemos examinado, y buscando el fundamento de la propiedad, en la naturaleza esencial del hombre, se han acercado mucho á la verdad, si ya no la han tocado; miéntras las segundas, fijándose más que en el orígen racional, en el histórico y legal del hecho de la propiedad, han dado orígen á las escuelas socialistas y comunistas, que tanta influencia han tenido en los acontecimientos de los últimos tiempos, que áun han de tenerla más profunda, y que son, sin embargo, á todas luces falsas en sus principios y en sus consecuencias.

24. Separando nosotros completamente el orígen racional de la propiedad, de su orígen histórico y legal, porque son dos cosas muy distintas, podrémos decir que la propiedad, racionalmente considerada, es, como indicamos al principio, una nocion inherente y necesaria al hombre, hasta tal punto que es imposible comprender su existencia sin que la propiedad exista.

Ya lo hemos dicho : el hombre es un sér activo, que dotado de necesidades, instintos y tendencias, como elementos materiales, y de razon, voluntad y libertad, como condiciones espirituales, se desarrolla progresando, para realizar un fin espiritual; pero

estos desarrollos se verifican simultáneamente en la materia y en el espíritu, que misteriosa y profundamente se ligan en el hombre, y responden á necesidades del espíritu y de la materia; necesidades que quedarian sin satisfacer, si no hallase los medios á propósito para conseguirlo; estos medios existen sin duda alguna; todo cuanto rodea al hombre es para él medio de desenvolvimiento, objeto de su actividad; pero es necesario que haga pesar sobre ellos su voluntad, que les imprima su actividad, que los marque con el sello de su personalidad, para que por nadie ni por nada se le pueda privar de esos medios, y detenerlo en su camino é impedirle que realice su fin; en una palabra, es necesario que se haga señor de esas cosas, que tenga sobre ellas plena propiedad.

25. Claro es que al propio tiempo que le asiste ese Derecho tiene el de hacer que los demas hombres lo respeten, y á la vez el deber de respetarlo tambien en sus semejantes, puesto que todos tienen igual Derecho y deberes idénticos.

26. *La razon*, pues, que conduce al hombre á la consecucion de su destino en todas las esferas de la vida, reconoce y acepta el Derecho de propiedad como necesario, para que el hombre exista y realice ese destino.

27. *El Derecho*, que no es más que la reunion de condiciones externas, en virtud de las que el hombre se desarrolla para cumplir un fin, no puede ménos de reconocer en el Derecho de propiedad una porcion de esas condiciones necesarias, y, por lo tanto, de aceptarlo como elemento necesario de existencia.

28. En fin, la *economía política*, que se ocupa de los medios materiales con que subsisten así los hombres como los Estados, y que no puede comprender que esos medios materiales puedan producir sus efectos si no están bajo el dominio del hombre, no sólo acepta la propiedad, sino que la considera como un elemento precioso de existencia, de progreso y de perfeccionamiento.

29. El *principio*, la nocion de la propiedad, es, pues, indiscutible; podrán discutirse su orígen histórico, su organizacion, su extension, porque todas estas cosas han nacido de la ley positiva, miéntras que la propiedad surge de la razon y tiene su fundamento en la naturaleza esencial del hombre.

30. Así es que las escuelas socialistas y comunistas, despues de haber combatido y tratado de destruir el principio, cuando

vienen al terreno de la práctica se apoyan en él, y sólo cambian la forma, la organizacion. Cuando más, convierten ó quieren convertir la propiedad individual en propiedad de todos; pero la propiedad continúa, y los que la han definido diciendo *que es el robo*, no pueden hacer otra cosa que organizar el *robo* con formas diferentes.

---

# LECCION XXVII.

**Instituciones del Derecho civil.—De las cosas.—
De la propiedad.**

---

**SUMARIO.**

1 y 2. Desarrollo histórico. — 3. Entre los hebreos. — 4. Los romanos. —5. Los germanos.— 6. La Edad Media.—7. En España.— Dominacion Goda.—8 al 12. La reconquista. El Rey. La Nobleza. El Clero. El Pueblo. Caractéres de la propiedad en cada una de estas clases. La amortizacion.—13. Edad moderna. Tendencia desamortizadora respecto á la propiedad inmueble. — 14. Defectos de la desamortizacion española.—15 y 16. Preponderancia de la propiedad mueble.

1. Sabido es, que los pueblos han pasado por diferentes estados de cultura hasta que fijándose en el suelo se hicieron propietarios.

2. La propiedad del suelo, y como su consecuencia, la agricultura, fueron los grandes elementos de vida y de poder de los pueblos antiguos, por lo cual consideraron los bienes más como el patrimonio de las familias que como el patrimonio individual; así que el propietario aparecia más que como tal, como un usufructuario de aquellos bienes.

3. Como prueba de esto, tenemos el Derecho de propiedad entre los *hebreos*, constituido de una manera tal, que sólo era el individuo verdadero propietario durante cuarenta y nueve años, pues al terminar éstos con el año del jubileo, la propiedad, tal vez esparcida por sus poseedores, se concentraba de nuevo, para volver á las manos de la familia propietaria, libre é íntegra.

De esta manera, Moises quiso que la familia se conservase siempre inmutable por la fijeza é invariabilidad de la propiedad.

Claro es, por lo tanto, que en los pueblos de la antiguedad, que con raras variantes estaban dominados por el mismo espíritu que

el pueblo hebreo, la propiedad inmueble, el suelo en el cual radicaba y del cual vivia la familia, y merced al cual se perpetuaba, habia de tener una importancia suma, miéntras que la propiedad mueble, modificable, variable, y poco segura y poco productiva, se tenía en menosprecio.

4. Los *romanos* dieron tambien suma importancia á la propiedad inmueble, colocándola muy por cima de la mueble, y haciendo de ella la base y sólido cimiento de su existencia civil, política y social. Verdad es que no ligaron la propiedad como los pueblos del Oriente, muy al contrario, dieron al propietario absoluta libertad para disponer de ella; pero cierto es tambien que, no sólo la propiedad tenía entre ellos un carácter religioso, y consagrada estaba con ritos especiales para hacerla más respetable, sino que ella decidia de la posicion social y política del ciudadano, y merced á la sábia institucion del Censo, aquél tenía un lazo que le ligaba á su propiedad y que le obligaba á conservarla, no teniendo tampoco otro objeto la ley que marcaba de infamia al que al morir dejaba sus bienes en tal estado que era necesario venderlos sub-hasta, ni las que restringian el derecho de manumitir, ni otras que sería largo enumerar.

5. Los *germanos*, al invadir el mundo romano, apénas si conocian la propiedad inmueble; pueblos nómadas y guerreros, sólo conocian y apreciaban la propiedad que podia conducir su carro; pero en el momento en que se fijan en el suelo, y conocen y aprecian las ventajas de la propiedad territorial, le dan toda la importancia que merece, sin por eso despreciar la propiedad mueble, que tanto habian apreciado momentos ántes.

6. Aparece la *Edad Media* con su religion doméstica, con sus familias patriarcales, cuyas generaciones se sucedian sin separarse del hogar de sus abuelos, y la importancia de la propiedad inmueble reaparece, como base de la existencia, conservacion y perpetuidad de esas mismas familias.

Pero la propiedad estaba concentrada, y se concentraba más cada dia, en manos de los poderosos, que comenzaron á hacer concesiones á los que estaban bajo su dominio, y de aquí esa multitud de derechos y de desmembraciones de la propiedad, que forman su carácter especial en la Edad Media.

La tierra era de la familia, no del individuo, por más que éste tuviera sobre ella ciertos derechos; de aquí las ventas públicas,

los retractos, la necesidad del permiso de los herederos para las enajenaciones; en una palabra, el estancamiento de la propiedad de la manera y con las condiciones con que esto tuvo lugar. Pero una cosa era la propiedad en sí misma, y otra cosa en sus accidentes; bastaba con que la propiedad se conservase, aunque desmembrada ó modificada, y el censo, la hipoteca, las enfitéusis, los derechos de todas clases más raros y peregrinos vinieron á hacer de la propiedad un cáos.

7. En medio del desequilibrio que la invasion goda trajo á España, los invasores sólo tomaron una parte de las tierras, y su gran código, el *Fuero Juzgo*, hubiera contribuido á asentarla en sólidas y racionales bases, si la irrupcion sarracena, pasando sobre todo el nivel de sus vencedoras cimitarras, no hubiera en su orígen destruido el edificio godo.

No en la España goda, sino en la *España de la reconquista*, es donde nosotros hemos de buscar los orígenes especialísimos, raros y en alto grado singulares, de nuestra propiedad. Muy concisos hemos de ser al trazar su historia, no sólo porque la índole de este trabajo así lo exige, sino porque la verdadera historia, la historia interna de la propiedad española, es hoy tan oscura y desconocida como la propiedad misma.

8. Indicarémos solamente que en la reconquista tomaron parte constante y activa cuatro elementos, los Reyes, los Grandes, el Clero y el Pueblo, y por lo tanto, que de sus ventajas, así como de sus azares, participaron.

9. El *Rey* era sin duda alguna el verdadero señor de todo lo conquistado; pero lo partia generosa y largamente con los señores, con el clero y con los pueblos, y, cosa singular, en todos ellos se nota la misma tendencia amortizadora.

10. Lucharon contra ella los reyes, apoyados por los pueblos, que comprendian todos los males de la amortizacion civil y eclesiástica, deseada por la nobleza y el clero, pero que á su vez la deseaban tambien para sus municipios.

11. Sabido es que en esta lucha clero y nobleza triunfaron al fin, y que la amortizacion civil y eclesiástica aparecieron para convertir en riqueza muerta las dos terceras partes, por lo ménos, de la propiedad inmueble española, quedando libre sólo la poca que constituia la propiedad individual del pueblo, pues su propiedad colectiva tambien estaba amortizada.

12. El inmenso poder que las riquezas daban al clero y á la nobleza hicieron que consiguiesen la exencion de contribuciones y pechos, así que todas las cargas del Estado pesaban sobre el pueblo; que, por más que trabajó y combatió en las Córtes, no pudo conseguir que los derechos se nivelasen.

13. En nuestro siglo, la propiedad inmueble se ha emancipado, y la desamortizacion civil y la eclesiástica, llevadas á cabo en toda su extension, han devuelto á la actividad y á la vida una masa inmensa de riqueza que era casi improductiva, y que hoy ha quintuplicado, sin duda alguna, la riqueza del país.

14. Lástima grande que al verificarse la desamortizacion no se haya intentado siquiera conocer y fijar el estado y condiciones do nuestra riqueza territorial, hoy más desconocido que nunca, porque la misma desamortizacion, hecha sin regla y sin concierto, ha contribuido á aumentar el oscuro cáos en que ántes se agitaba.

15. La Edad moderna, sin desconocer la grande importancia de la propiedad inmueble, se la ha dado, y muy grande, á la mueble.

16. Ya desde la Edad Media, los pueblos comenzaron dedicándose á la industria y al comercio, á conocer y apreciar todo el valor de la propiedad mueble, y el descubrimiento de las Américas, y los prodigiosos adelantos de la industria y la creacion del crédito han dado, en nuestros dias especialmente, casi más importancia á la propiedad mueble que á la inmueble.

# LECCION XXVIII.

**Instituciones del Derecho civil.— De las cosas.— Derechos reales.**

**SUMARIO.**

1 y 2. MANIFESTACION DE LA PROPIEDAD COMO DERECHO REAL.—3 y 4. Dominio. Su definicion; teoría romana, elementos que le componen.—5 al 9. Exámen de ella y de las opiniones de los tratadistas modernos.—10 y 11. Limitacion al dominio. Divisiones de éste, que surgen de ella.—12. *Dominio directo.*—13. *Util.*—14 al 16. Otras divisiones del dominio: son más bien que limitaciones, derechos similares.—17. *Derecho hereditario.*—18. *Servidumbre.*—19. *Prenda é hipoteca.*—20. *Censo. Arrendamiento.*—21. *Posesion.*

1. En las lecciones anteriores hemos visto qué cosa sea el Derecho de propiedad, y hasta qué punto, merced á él, personaliza el hombre las cosas mismas; pero ese Derecho, siquiera sea muy importante en sí, no produciria resultados si el hombre no tuviese la facultad de perseguir y reivindicar las cosas que son su objeto donde quiera que se encontrasen.

2. Existe, pues, como consecuencia directa y necesaria de la propiedad, un Derecho real, esto es, absoluto en la cosa, que todos los hombres deben respetar, en virtud del cual el propietario puede perseguir la cosa, hállese en poder de quien se halle, sin consideracion á la persona ni á obligacion ninguna preexistente.

3. El DOMINIO puede decirse que es la manifestacion más enérgica, la manifestacion por excelencia del *Derecho real. Plena in re potestas* le definia elegantemente el Derecho romano, y en efecto, no otra cosa es el *Dominio* que el poder *absoluto, omnímodo en nuestras cosas, pero racional é inteligente.*

Los romanos completaban su definicion señalando cuáles eran los derechos en el dominio contenidos como elementos integrantes de su existencia, con la denominacion de *jus utendi, jus fruendi* y *jus abutendi*, derecho á usar de la cosa en toda su ex-

tension, de gozar cuanto la cosa produjera, y de consumirla y destruirla en caso necesario.

4. Los modernos tratadistas han impugnado la teoría romana, fundándose en que el *abuso* no puede jamas constituir un Derecho ni racional ni positivo, sin tener en cuenta que la palabra *abutendi* no significaba entre los romanos lo que quieren hacerla significar los tratadistas; no, no era, como éstos dicen; el Derecho de incendiar la cosa que estaba en el dominio, no era el Derecho de destruirla por capricho; era el Derecho de disfrutar de ella en toda la extension de la cosa misma, de consumirla, de destruirla, cuanto esto era necesario para que la cosa en cuestion realizase su objeto.

5. Al apartarse de la nomenclatura romana para adoptar la de *Derecho de gozar* y de *disponer* de la cosa, no han hecho más que encerrar en dos miembros las mismas ideas y principios que los romanos comprendian en tres; en efecto, por *Derecho de gozar*, entienden usar de la cosa y aprovecharse de todos sus productos; y por *Derecho de disponer*, el de enajenarla, cederla, traspasarla, en una palabra, desnudarse de ese dominio para investir con él á otro; pues bien, esto mismo comprendian los romanos en su *jus utendi*, *fruendi et abutendi*. Los modernos tratadistas prescinden, sin embargo, de la facultad de consumir la cosa que no se puede negar al propietario, y que no está comprendida ni en el *gozar* ni en el *disponer* de su teoría.

6. Por otra parte, áun el escrúpulo en que se fundan, de que el propietario no podria destruir la cosa á su capricho, es infundado, y creemos que podria hacerlo, en tanto en cuanto no perjudicase á un tercero; es más, la ley no podria mezclarse en ello sin cometer un atentado contra la libertad del hombre y el Derecho que en sus cosas le asiste.

7. Nos explicarémos: supongamos por un momento que se le da á la palabra *abutendi* toda su extension, y que se trata de una cosa mueble, de un vaso por ejemplo; á nadie se le ha ocurrido negar al propietario el Derecho de arrojarlo contra el suelo y hacerlo pedazos; es un acto de la voluntad que á nadie perjudica, que podrá tener ó no tener razon de ser, pero que el hombre es libre para realizarlo, sin que la ley pueda intervenir. Pues supongamos que no es un vaso, que es una heredad de arbolado, y que su propietario la pega fuego; el acto aquí es complejo, abu-

sa de su propiedad, pero este abuso puede producir daños en la propiedad de otro. La ley positiva no puede legislar sobre lo primero, pero sí puede hacerlo sobre lo segundo, y lo que es más, imponer una pena.

8. Ademas, lo que podria aparecer para muchos como un verdadero abuso, tal vez no lo sea, y la ley no puede ser tan previsora, ni llegar al punto que se desea, sin convertirse en tiránica.

9. Miéntras en el *dominio* concurren los tres derechos de que nos hemos ocupado, es verdadero dominio, es *plena in re potestas;* desde el momento que alguno de ellos se modifica ó desaparece, ya el dominio se fracciona y se limita; estas limitaciones pueden ser, por la *ley*, ó por la *voluntad del propietario*, ó por la *costumbre.*

10. De estas limitaciones surgen las divisiones del dominio *en pleno* y *ménos pleno*, y la subdivision de éste en *directo* y *útil.* No creemos necesario definir el dominio pleno y ménos pleno; desde el momento que á la *plena in re potestas* le falta alguno de sus elementos constitutivos, ya no es plena, es ménos plena.

11. Cuando la diminucion de la *potestas* consiste en una diminucion de las utilidades que la cosa debe producir, el dominio ménos pleno en sí se subdivide en *directo* y *útil.*

12. *Directo* es aquel en que dividida la continencia del Derecho, el que le retiene no posee los derechos de usar y disfrutar de la cosa que reside en otro; pero éste á su vez carece de la facultad de *abusar*, de disponer de la cosa misma.

13. *Útil*, por el contrario, reside en el que tiene el de goce y disfrute de la cosa, pero no el de libre disposicion.

14. Las leyes romanas y las nuestras señalan, ademas del *dominio*, otros derechos reales, que son el *hereditario*, la *servidumbre*, la *prenda* ó la *hipoteca* y la *posesion.*

15. Parece que estos derechos deben considerarse, los unos como diversas manifestaciones del dominio, los otros como desmembraciones, mejor dicho, limitaciones del mismo.

16. Para demostrarlo, veamos cuál es la generacion de esos derechos.

17. *Derecho hereditario.* El dominio puede recaer sobre una universalidad de bienes, á cuyo disfrute somos llamados por la ley ó por la voluntad del dueño. Teniendo en cuenta, por una parte, que la herencia no es otra cosa más que la trasmision de dominio de una á otra persona, y que para ello hay una ficcion

legal, en virtud de la que se supone que el momento de la formacion del testamento ó de la designacion por la ley, el de la muerte y el de la aceptacion, se confunden en uno, tendrémos que el Derecho que nos ocupa no es una nueva especie de dominio, sino una faz distinta que reviste.

18. La *Servidumbre.* Efecto del pleno Derecho que sobre las cosas nos asiste, ó de que el dominio está á veces regulado por la ley positiva, es que las cosas sufran un gravámen impuesto por la voluntad del propietario ó por la ley; la *servidumbre*, pues, será una limitacion al dominio, una desmembracion del dominio, que podrá arrancar tras sí alguna ó algunas de sus condiciones esenciales, pero no una especie distinta de dominio.

19. La *Prenda ó hipoteca.* Consecuencia tambien del Derecho que tenemos para desnudarnos del dominio es el que podamos dar las cosas ó gravarlas á la seguridad de una obligacion, dando al propio tiempo al que la recibe la plenitud de los derechos que como señor nos corresponden.

20. Los *Censos.* Derechos reales limitativos del dominio, por virtud de los cuales gravamos nuestras cosas con alguna pension, y por consecuencia, hacemos ménos pleno el dominio que sobre ella nos corresponde.

Desde la promulgacion de la ley hipotecaria, el *arrendamiento* con ciertas condiciones, que verémos en su lugar, puede considerarse tambien como un Derecho real limitativo del dominio, toda vez que nos obliga á respetar los derechos del arrendatario y amengua la libertad de disponer de la cosa arrendada.

21. La *Posesion*, en fin, cuando es *corpore vel animus* de poseer como señor, esto es, cuando es una ficcion de dominio que hace que el poseedor sea reputado como señor, miéntras un tercero no le vence, debe gozar de todos los derechos de señorío, y por lo tanto, del dominio ó Derecho real.

22. Tenemos, pues, que son derechos reales limitativos del dominio, la *servidumbre*, la *prenda*, la *hipoteca*, los *censos* y el *arrendamiento*, y le son similares el Derecho *hereditario* y la *posesion.*

23. Diferéncianse en que los limitativos desmembran el dominio, colocando frente al señor otro señor que ejercita derechos reales contra la cosa, aunque esté en poder de su dueño primitivo, miéntras los similares vendrán á convertirse más tarde en verdadero dominio para aquel que los disfruta.

# LECCION XXIX.

**Instituciones del Derecho civil.—De las cosas.—Derechos reales limitativos del dominio.**

---

**SUMARIO.**

1 y 2. DERECHOS LIMITATIVOS DEL DOMINIO segun la legislacion española. DERECHO COMUN.—3. *Servidumbre*, su definicion y naturaleza.—4. Sus divisiones.—5. *Servidumbres personales*, qué sean: sus clases.—6. 1.ª *Usufructo.*—7 al 10. Derechos y obligaciones del usufructuario; al constituirse, durante el usufructo y al terminarse.—11. 2.ª *Uso*, su definicion y análisis.—12. 3.ª *Habitacion;* qué sea, sus diferencias con el usufructo y el uso.—13 al 15. *Servidumbres reales*, su definicion, naturaleza y objeto.—16. Su division.—17 al 19. *Servidumbres rústicas*, su definicion, y exámen de algunas de ellas.—20 y 21. Servidumbres urbanas, su definicion y clases.—DERECHO FORAL.—22. ARAGON.—23. NAVARRA.—24. CATALUÑA.

1. Hemos dicho en la leccion precedente, al tratar del dominio, que existen derechos reales que le limitan, y otros que le son similares; de unos y de otros vamos á ocuparnos con la debida separacion, comenzando por los

2. DERECHOS REALES LIMITATIVOS DEL DOMINIO.

Estos son:

1.º Las servidumbres.

2.º La prenda ó hipoteca.

3.º Los censos.

4.º El arrendamiento.

DERECHO COMUN.

3. 1.º SERVIDUMBRES. Entiéndese por servidumbres *un Derecho real constituido en heredad ajena, por el que su señor está obligado á sufrir ó no hacer alguna cosa.*

Hemos aceptado esta definicion y no la que dan muchos auto-

res diciendo que es un gravámen ú obligacion impuesta sobre un prédio, para uso y utilidad de otro, porque, á pesar de que parece aceptada por la ley de Partida y en el proyecto de nuevo Código civil (1), tomada en este sentido la definicion, sólo abraza las servidumbres reales y no las servidumbres personales. Verdad es que los autores que la definen como una relacion entre dos predios no consideran el *usufructo*, el *uso* ni la *habitacion* como servidumbres : nosotros aceptamos sin inconveniente entre las servidumbres aquellos derechos, como lo hacía la legislacion romana, no precisamente por seguir á ésta y á los autores que en pos de ella han venido haciéndolo así, sino porque consideramos aquí las servidumbres como un Derecho limitativo del dominio, y porque creemos que es indiferente que la limitacion esté concedida de cosa á cosa, ó de cosa á persona, siempre que obre sobre la cosa en cuestion. Quizás alguna sentencia del Tribunal Supremo pudiera, á primera vista, creerse que sancionaba la doctrina contraria á la que sustentamos, toda vez que se dice que no puede existir servidumbre en un solo predio propio de una persona sola (2); pero si bien se examina esta sentencia, corrobora nuestro aserto en tanto en cuanto en las servidumbres personales, si bien hay un sólo predio, este tiene dividido el Derecho de propiedad entre dos ó más personas, ó lo que es lo mismo, no es la propiedad plena de un solo dueño.

Tendrémos, pues, que en la servidumbre hay que considerar un doble Derecho: primero, el Derecho de propiedad general, absoluto, con todas sus condiciones inherentes y necesarias; segundo, un Derecho limitativo del general y absoluto, por virtud del cual éste se disminuye y limita en su esfera de accion y desarrollo.

Traducido, pues, el hecho de la *servidumbre* al *Derecho*, poco importa que haya uno ó dos predios, con tal que exista una disgregacion en el Derecho absoluto de propiedad ó en la plena *in re potestas:* es decir, que no se necesita la existencia de dos predios, que lo que es necesario es la existencia de dos derechos cuyo ejercicio puede recaer sobre uno ó sobre dos predios. Y tanto es esto así, que ni áun aceptaríamos la division romana de servidumbres

(1) Ley 1.ª, tít. XXXI, Part. III.
(2) *Sentencia del T. S. de Justicia* de 15 de Marzo de 1860.

personales y reales, si no fuera teniendo presente que el hacerlo evitará confusiones graves á los que á la ciencia del Derecho se dedican, toda vez que esta clasificacion viene haciéndose por la generalidad de los autores.

Si fuéramos á seguir un tecnicismo riguroso, y tuviéramos al par en cuenta el desarrollo histórico de la institucion, tendríamos que llamar SERVIDUMBRE REAL á toda aquella en que un predio sirve á una persona ó á otro predio, y SERVIDUMBRE PERSONAL á la en que el hombre convertido en cosa servía al hombre persona, y que para dicha de la humanidad puede decirse ha desaparecido por completo.

Traida, por lo tanto, la cuestion al verdadero terreno, podemos decir que en toda servidumbre existe un Derecho por parte de una persona señora ó no de una cosa determinada, sobre otra persona señora ó no á su vez de una cosa afecta al Derecho de la primera, y que sufre, por lo tanto, una desmembracion, una limitacion del dominio pleno que sobre sus cosas le corresponde, puesto que tiene que sufrir ó abstenerse de hacer algo en ellas para garantir el Derecho del señor dominante.

Y véase una vez más cómo siempre que se trata de Derecho al lado de las cosas, mejor dicho, sobre las cosas mismas, aparece la personalidad con su carácter absorbente y dominador.

4. Partiendo de la teoría que hemos expuesto, dividirémos las servidumbres en PERSONALES y REALES : en las primeras, el beneficio es meramente personal y adherido por completo á la personalidad dominante, ó lo que es lo mismo, á la que goza y disfruta del Derecho; en las segundas, puede decirse que el beneficio es de finca á finca, sin consideracion á una persona determinada, por lo cual seguirá á las fincas y no á las personas.

5. SERVIDUMBRE PERSONAL : es el *Derecho constituido en cosa ajena, por el que nos aprovechamos en todo ó en parte de ella ó de sus frutos.* Las servidumbres personales son tres, á saber :

1.ª Usufructo.

2.ª Uso.

3.ª Habitacion (1).

6. 1.º USUFRUCTO, *es el Derecho de disfrutar de las cosas ajenas, salva su sustancia:* tenemos aquí, como en toda servidum-

(1) Leyes 20 y 27, tít. XXXI, Part. III.

bre, cosa ajena al que goza el derecho, limitacion del dominio é indivisibilidad, porque si bien es cierto que el derecho de *usufructo* puede dividirse entre muchos, tambien lo es que concedido conjuntamente á várias personas por muerte de alguna, su parte acrece á las demas.

El usufructo puede constituirse con todas las modalidades propias del Derecho; así es que puede establecerse puramente, bajo condicion desde cierto dia y hasta cierto dia.

Al estudiar este Derecho limitativo del dominio, deberémos fijarnos en la doble personalidad del *usufructuario* y del *propietario*, en los derechos del primero y en sus obligaciones al constituirse el usufructo, durante el mismo, y al terminarlo.

*El usufructuario*, esto es, aquel á cuyo favor está constituido, tiene derechos y obligaciones: derechos, porque va á disfrutar de una cosa; obligaciones, porque ha de quedar siempre á salvo la sustancia de la cosa de que disfruta.

El *propietario* de la cosa sobre que el usufructo recae, tiene tambien obligaciones y derechos: obligacion de consentir que el usufructuario disfrute, y derecho á hacer que conserve la sustancia de la cosa.

7. *Los derechos del usufructuario* son: corresponderle los frutos naturales, industriales y civiles de la cosa, siempre que sean ordinarios, aunque procedan de los aumentos naturales que la misma pueda tener; poderlos enajenar libremente, pudiendo hipotecar el derecho á percibir esos mismos frutos (1), cancelar la fianza al terminar el usufructo, y habiendo devuelto íntegra la cosa (2).

Estos derechos, como es natural, sufren en la práctica multitud de modificaciones, no en su esencia, sino en su manera de ser y de manifestarse, así es que si el usufructo recae sobre fincas, tendrá el derecho de abrir y explotar canteras y minas que no necesiten concesion especial y guardando siempre á salvo el Derecho de propiedad; coger los frutos cuando le sea más útil y conveniente sin esperar su madurez; hacer suyos los árboles muertos siempre que los reemplace; aprovechar la leña en los caidos ó descuajados por la fuerza del viento, que en general pertenecen al

(1) Leyes 20 y 24 del título XXXI, Partida III.—*Ley hipotecaria*, art. 107, § 2. Sent. de 23 de Junio de 1873.

(2) *Ley hipotecaria*, art. 1.°, § 2.

propietario. Si consistiese en monte, tallar, cañaveral ó zarzal y pinos de una dehesa (1), podrá vender sus productos.

Asístele tambien el Derecho al igual del propietario para instar todos los derechos que se refieran á la libre posesion y disfrute de la cosa (2).

*Las obligaciones del usufructuario* son relativas á la constitucion del usufructo, al tiempo de su duracion y al de su extincion.

8. *Obligaciones al constituirse el usufructo:* prestar caucion de que gozará la cosa á la ley de hombre honrado, y la devolverá íntegra al terminar el usufructo; la formacion de inventario no está exigida por las leyes, si bien será muy conveniente hacerlo.

La falta de caucion parece no debe extinguir el usufructo, pero sí autorizar al propietario para no entregar la cosa miéntras no se otorgue (3). De la caucion están exceptuados, el que donó una cosa reservándose el usufructo de ella; y el padre y la madre por los bienes de sus hijos, que por la ley usufructúan y administran miéntras no pasen á segundas nupcias, pero deberán formalizar inventario con intervencion del Ministerio público (4). El hijo tendrá ademas el Derecho de hacer que los bienes, objeto del usufructo, se inscriban á su favor si son inmuebles, y si muebles, que el padre constituya, si puede, hipoteca especial á su favor (5).

9. *Obligaciones durante el usufructo:* conservar la cosa como buen padre de familias, sin poder alterarla, reemplazando si consiste en ganados, las reses que falten, y si en arbolado, los árboles y viñas; reparar los edificios y pagar las contribuciones, tributos y cargas de la cosa, puesto que él es el único que las utiliza (6).

10. *Obligaciones al terminar el usufructo:* devolver la cosa íntegra, haciendo constar en el registro de la propiedad que el usufructo queda extinguido (7).

---

(1) Sentencia del T. S. de Justicia de 15 de Junio de 1867.

(2) Ley 1.ª, tít. IX del *Ordenamiento de Alcalá.*—Ley 3.ª, tít. VIII, libro XI, *Novísima Recop.*, y Sentencias del T. S. de Justicia de 22 de Diciembre de 1866, 7 de Marzo de 1868 y 4 de Junio de 1872.

(3) Sentencias del T. S. de Justicia de 7 de Noviembre de 1859, 5 de Febrero de 1872 y 10 de Octubre de 1871.

(4) Ley 20, tít. XXXI, Part. III.—Sent. del Sup. de 7 de Noviembre de 1859.—*Ley de matrimonio*, art. 69.

(5) *Ley hipotecaria*, art. 202.

(6) Leyes 21 y 22, tít. XXXI, Part. III.

(7) *Ley hipotecaria*, art. 1.°, § 2 y 105 de la reformada.

11. 2.º Uso *es el derecho á percibir de una cosa ajena, salva su sustancia, lo que basta á cubrir las necesidades de la vida.*

El *usuario* tiene el derecho de percibir de la cosa lo que necesite para él y para su familia, pero sin poder dar, vender ni trasmitir á otro los frutos, ni empeñar, enajenar ni arrendar la cosa. Puede recibir huéspedes si el *uso* es de una casa.

Debe usar de la cosa como un buen padre de familias, dar caucion como en el usufructo, y pagar las cargas caso de que absorba todos los productos (1).

12. 3.º Habitacion es el *derecho á morar en casa ajena salva su sustancia :* puede disponer de toda la parte habitable y arrendarla ; prestará caucion de conservar y devolver la cosa íntegra ; pagará las cargas de la parte que habite. No la constituye el legado del derecho de habitar una casa pagando alquileres (2).

El *uso* y la *habitacion* se diferencian del *usufructo* en que son más limitados ; la *habitacion* del *uso* , en que unas veces es más extensa la primera y otras el segundo.

13. Servidumbre real ó predial. *Es el derecho que tenemos en propiedad ajena, para servirnos de ella en provecho de las nuestras.*

14 Claro es que para que exista servidumbre real es necesario que existan dos predios : uno, á cuyo favor se constituya, que se llama *dominante:* otro que sufre los efectos de la servidumbre, y se llama *sirviente.*

Ambos deberán estar colindantes ó próximos al ménos, no obsta en ciertos casos que entre uno y otro medie una heredad, siempre que no impida el uso de la servidumbre ó pese sobre ella otra que la facilite.

15. El objeto de estas servidumbres es mejorar la condicion del predio dominante á costa del sirviente.

Están de tal modo adheridas al predio, que le siguen siempre, sea quien sea su poseedor.

Son indivisibles ; así que cada parte del predio dominante tiene derecho á la servidumbre íntegra, que no puede tampoco perderse parcialmente.

De lo expuesto se deduce que la servidumbre viene significan-

(1) Leyes 20 y 21, tít. XXXI, Part. III.
(2) Ley 27, tít. XXXI, Part. III.—Sent. del Sup. de 14 de Junio de 1861.

do siempre un derecho y una obligacion; que en las *reales* ambos son intrasmisibles, miéntras no se trasmitan los predios á que afectan; que aunque el dueño del predio dominante perdiese parte de él, conservará la servidumbre por entero, y por entero continuará pesando sobre el predio sirviente.

Por su naturaleza las servidumbres son perpétuas, si bien están afectas á todas las modalidades que siguen los contratos.

Dedúcese igualmente que constituida en forma legal la servidumbre, el que la disfruta no puede alterar su manera de ser, ni agravarla contra la voluntad del señor del predio sirviente (1).

16. Divídense las servidumbres:

1.° Por razon de la utilidad que prestan.

2.° Por razon de la facultad que conceden.

3.° Por la manera de su constitucion.

4.° Por razon de las cosas que afectan.

1.° *Por razon de la utilidad que prestan:*

Pueden ser contínuas ó discontínuas.

SERVIDUMBRES CONTÍNUAS son aquellas cuyo uso es ó puede ser constante, sin que para su existencia continuada sea necesario ningun acto de la voluntad del que recibe el beneficio (2); tales son, entre otras, la de luces, vistas, etc.

DISCONTÍNUAS son las que no pueden tener lugar sin un hecho del hombre que las ponga en accion (3).

2.° *Por razon de la facultad que conceden.*

SERVIDUMBRES AFIRMATIVAS, que son las que dan facultad para hacer alguna cosa en la finca ó prédio sirviente.

NEGATIVAS las que prohiben al dueño de la finca hacer en ella lo que en uso del dominio pleno podria ejecutar si la servidumbre no existiera.

En cuanto á las primeras, que algunos autores llaman tambien *aparentes*, se manifiestan siempre por signos exteriores que dan á conocer su existencia, miéntras que las segundas, que suelen llamar *no aparentes*, no ostentan signo ninguno exterior de su existencia. Serán, por lo tanto, *afirmativas* las de ventanas ó

---

(1) Ley 8.ª, tít. XXXI y 1.ª y 13, tít. II, Part. III.—Sentencia del T. S. de Justicia de 12 de Mayo de 1866.

(2) Ley 15, tít. XXXI, Part. III.

(3) Ley 16, *idem*, *id.*

luces, pared medianera, cauce ó acueducto; y *negativas*, la de no levantar más alto, no verter agua en el predio dominante, etc.

3.° *Por la manera de constituirse* son:

LEGALES Ó NECESARIAS: constitúyense éstas por el ministerio de la ley, sin que intervenga directamente en su constitucion la voluntad del hombre.

CONVENCIONALES Ó VOLUNTARIAS son las que deben su constitucion á un hecho particular de la voluntad, y se establecen por pactos, contratos ó por cualquiera otra forma de obligacion.

4.° *Por razon de las cosas que afectan*, y ésta es quizás la division capital de las *servidumbres reales;* en *rústicas* y *urbanas*, de las que vamos á ocuparnos separadamente.

17. SERVIDUMBRES RÚSTICAS. *Son las constituidas en una heredad á beneficio de otra heredad.* La mayor parte de las veces nacen de una necesidad apremiante, sin cuya satisfaccion sería inútil el dominio. La situacion respectiva de las fincas hace que pueda haber tantas clases de servidumbres rústicas como la voluntad de los que las constituyan quieran establecer.

18. Las principales y más generalmente usadas son la de *senda*, *carrera*, *via* y *acueducto.*

*Senda*, es el derecho de pasar por heredad ajena para ir á la nuestra, á pié, á caballo, en litera, solo ó acompañado, pero uno tras otro. No pueden pasar carros, ganados ni bestias cargadas á mano.

*Carrera*, es el mismo derecho, pero más extenso, pues pueden pasar carretas y bestias cargadas; á veces puede existir la servidumbre de *carrera* sin la de *senda;* por punto general ésta está comprendida en aquélla.

*Via*, da, ademas del derecho que nace de las anteriores, el de llevar á rastra piedras, maderos y cuanto necesite el predio dominante (1).

*Cañada*, puede decirse que es una servidumbre general, constituida por la ley, y que consiste en el derecho concedido á los ganados trashumantes, estantes ó ribereños, de atravesar las cañadas ó sendas, atravesando las heredades áun acotadas y cerradas (2).

*Acueducto*, ó sea el derecho de conducir aguas á nuestra here-

---

(1) Ley 3.ª, tít. XXXI, Part. III.

(2) Ley 5.ª tít. XXVII, lib. VII, *Nov. Recop.*—Decreto de 8 de Junio de 1813, 6 y 26 de Setiembre de 1836.

dad haciendo pasar el cauce por el predio vecino. El dueño del predio dominante debe evitar todo perjuicio al del sirviente, y conservar el cauce á su costa (1).

En todas estas servidumbres, que sólo pueden considerarse como ejemplos, porque el número de ellas es ilimitado y nace muchas veces de las necesidades de los predios, debemos fijarnos un momento y hacer algunas consideraciones.

Así, pues, en las servidumbres de senda, carrera, camino ó cañada hay que tener presente la anchura que deben tener si no está señalada en los pactos de constitucion. Segun la ley (2), la anchura del camino será de ocho piés y diez y seis en las vueltas; la de carrera cuatro, y de dos á tres la de senda; la extension de las de cañada será de noventa varas (3).

La servidumbre de acueducto puede presentarse, ó bien como el derecho de conducir aguas á traves de una heredad ajena, en cuyo caso el dueño del agua, no sólo está obligado á conservar á su costa el acueducto, sino á evitar al dueño del predio sirviente toda clase de perjuicio (4), ó bien como el derecho de tomar agua de manantial ajeno, en cuyo caso puede impedir al dueño del manantial que conceda á otro igual derecho sobre el agua sin su consentimiento (5).

La ley de Aguas establece una servidumbre legal de acueducto, de que nos ocuparémos más adelante.

19. Las leyes hablan de otras muchas servidumbres rústicas, como las de abrevadero, pastos, sacar arena, cal ó piedras y otras (6).

En las servidumbres rústicas deben tenerse muy en cuenta los reglamentos municipales y las costumbres de los pueblos.

20. SERVIDUMBRES URBANAS. *Son las constituidas en un edificio á favor de otro edificio.*

Las ordenanzas municipales, las costumbres, y sobre todo la voluntad de los que las otorgan y constituyen, modifican notablemente estas servidumbres. La ley, sin embargo, señala várias, que son:

(1) Leyes 4 y 5, tít. XXXI, Part. III.
(2) Ley 3.ª, tít. XXXI, Part. III.
(3) Real Decreto de 23 de Setiembre de 1836.
(4) Ley 4.ª, tít. XXXI, Part. III.
(5) Ley 5.ª, *idem*, *id.*
(6) Ley 6.ª y 7.ª, tít. XXXI, Part. III.

La de asentar en la casa del vecino pared, columna ó pié derecho en que descanse el todo ó parte de la nuestra. La han llamado anómala, suponiendo que el señor del predio dominante tiene obligacion de reparar; pero esto ha sido confundir la servidumbre con el pacto, que por punto general se le agrega.

La de introducir vigas ú otros materiales en la pared del vecino.

La de abrir ventanas que den luz á nuestra casa por la inmediata en pared medianera; no pueden abrirse sin consentimiento de ambos dueños.

La de impedir que el dueño de un edificio levante paredes que quiten la vista al nuestro.

La de canalones para que baje el agua llovediza gota á gota de nuestra propiedad á la del vecino.

La de entrada por nuestra casa á la casa vecina.

Debemos advertir que no es posible fijar siquiera en principio la multitud de servidumbres urbanas que pueden establecerse, y que quizás uno de los ramos de nuestro Derecho civil en que ménos se ha legislado es el de servidumbre. Verdad es que para las urbanas existian las célebres Ordenanzas de Madrid, dictadas indudablemente por los antiguos Alarifes de la Villa, y que es una obra muy recomendable, y que existen tambien obras de arquitectura que aclaran muchas de las cuestiones; pero esto no basta, porque, repetimos, no sobran las disposiciones legales para poder juzgar en esta materia.

Debe ademas tenerse muy en cuenta que desde que las Ordenanzas de Madrid y algunas de otros municipios se dictaron, el carácter de la propiedad urbana y las condiciones de ésta han variado mucho, por lo cual las antiguas Ordenanzas de Madrid se modificaron y establecieron otras nuevas por Real órden de 10 de Junio de 1864, si bien estas nuevas Ordenanzas más se refieren á la edificacion, bajo el punto de vista del ornato público, que bajo el de los derechos de los particulares.

21. Nuestras leyes no hablan de la servidumbre de medianería, quizás porque era desconocida en Roma; pero hoy es, sin duda, una de las más importantes y comunes en nuestro país (1).

(1) Leyes 1.ª y 2.ª, tít. XXXI, Part. III.

DERECHO FORAL.

22. Aragon. El que cierra el paso á la heredad vecina de modo que no se puedan sacar los frutos por otra parte, debe sufrir servidumbre para dicho fin en la extension necesaria. No es permitido construir obras en la heredad ajena para sacar agua y regar la nuestra; pero si existian y se han destruido se supone servidumbre, y podrá edificarse de nuevo, aunque el dueño lo repugne y no haya título; si se riegan de un rio várias heredades, el dueño de las más distantes al nacimiento no podrá hacer obra en perjuicio de las más inmediatas si no tiene servidumbre. Nadie podrá echar las aguas á la casa vecina sin tener servidumbre. Todo propietario tiene el derecho de abrir ventana que dé luz y vistas por el predio vecino; pero si esto puede conseguirse por otra parte, no se podrá oponer á que el dueño levante la pared y tape las ventanas (1).

23. Navarra. La falta de formacion del inventario extingue el usufructo foral, pero no el vitalicio ni el convencional. El dueño de una heredad que sufra servidumbre de camino puede cerrarlo siempre que la preste por un extremo, sin perjuicio ni incomodidad del público ni de los interesados. Si una villa compra agua á otra, y entre ambas hay otra ó acueducto, necesita la villa compradora permiso de la intermedia; pero si no hay acueducto, no necesita el permiso (2).

24. Cataluña. La falta de caucion no extingue el usufructo, pero autoriza al propietario para resistir la entrega de la cosa, ó pedir el secuestro ó depósito de los frutos, si el usufructuario estuviese en la tenencia de la cosa.

Las servidumbres urbanas están perfectamente tratadas en las ordenanzas municipales de Barcelona dadas por D. Jaime II (3).

---

(1) *Fuero único de consor.*, lib. III.—Observ. fin. reg., lib. IV.—Observ. 2 y 9, *De aqua pluviæ arcenda*, lib. VII.—*Fuero único de aqua pluviæ arcenda*, lib. III.—Observ. 6, *De aqua pluviæ arcenda*, lib. VIII.

(2) Sentencia del Supremo de 5 de Febrero de 1859.—Córtes de 1817 y 1818.—Ley 110, cap. XII.—*Del Fuero*, lib. III, tít. XII, cap. X.

(3) Sentencia del Supremo de 7 de Noviembre de 1859.—Ordenanzas traducidas al castellano en 1817.

# LECCION XXX.

**Instituciones del Derecho civil.—De las cosas.—Derechos reales limitativos del dominio.—Continuacion.**

---

**SUMARIO.**

y 2.—SERVIDUMBRE DE AGUAS. Importancia de la ley de aguas. — 3. Servidumbres legales que ha creado.—4. Sus clases.—5. 1.ª Servidumbres naturales.—6. 2.ª De acueducto.—7. 3.ª De estribo, presa y partidor.—8. 4.ª De abrevadero. —9. 5.ª De camino de sirga.—10. Esta ley es general y derogatoria de toda ley, fuero ó costumbre.

1. Puede decirse que por punto general la materia de servidumbres no es ni la más clara ni la más extensamente tratada en nuestro Derecho comun; así que no sólo hay que acudir en multitud de ocasiones á añejas costumbres y á ordenanzas particulares de los pueblos, sino que á veces tienen que buscarse soluciones en el mismo Derecho romano. Pero la parte más oscura, más difícil y ménos ordenada era seguramente la relativa á las servidumbres de aguas, y ésta es la que, merced á la LEY DE AGUAS de 3 de Agosto de 1866, está hoy mejor ordenada.

2. La citada ley de Aguas, que, sea dicho de paso, es una de las mejores y más importantes que se han promulgado en nuestros tiempos, era de urgentísima necesidad. El interes general de los pueblos, de la agricultura y de la industria la reclamaban, como reclamaban tambien que por ella se constituyesen servidumbres legales y especialísimas, desconocidas en las leyes, pero necesarias.

3. Teniendo la ley en cuenta esas necesidades, ha creado ciertas servidumbres legales, en cuya imposicion se evitan, sin embargo, perjuicios al interes privado hasta donde esto es posible, toda vez que para otorgarlas se ha de proceder con conocimiento de causa.

4. Cinco son las servidumbres creadas por la ley, á saber:

1.ª Servidumbres naturales.

2.ª Servidumbre de acueducto.

3.ª Servidumbre de estribo, presa ó partidor.

4.ª De abrevadero ó saca.

5.ª De camino de sirga.

Vamos á ocuparnos rápidamente de cada una de ellas, y sólo bajo el punto de vista del Derecho civil, que es nuestro objeto.

5. 1.ª *Servidumbres naturales.* Sujétase por ellas á los predios inferiores á sufrir que las aguas que naturalmente y sin obra del hombre afluyen de los superiores, así como las piedras y tierras que arrastran, vayan á parar á ellos, sin que pueda pedir resarcimiento de daños y perjuicios; derecho que le asiste si las aguas son productos de alumbramientos artificiales, acequias de riego ó establecimientos industriales de nueva creacion. En ambos casos, pero renunciando en el segundo daños y perjuicios, el señor del predio sirviente tiene derecho á aprovechar esas aguas eventualmente, ó de hacer obras que permitan darles salida sin perjuicio de tercero (1).

Los dueños de ambos predios tienen el derecho de hacer en los suyos respectivos todas las obras que crean convenientes para suavizar el curso de las aguas ó regularizarlas y aprovecharse de ellas, siempre que el señor del dominante no haga más dura la servidumbre, y el del sirviente no impida la corriente (2).

Si el dueño del predio sirviente, al dar salida á las aguas procedentes de alumbramiento, perjudica á un tercero, le indemnizará, pero no se reputa perjuicio el contrariar ó suprimir el aprovechamiento eventual.

Pueden los interesados exigir del dueño del predio en que el agua ha acumulado tierras ó piedras que embaracen el curso natural, que lo limpie ó les permita hacerlo; disposicion que hermana la naturaleza de la servidumbre con el respeto al Derecho de propiedad (3).

6. 2.ª *Servidumbre de acueducto.* Puede imponerse para servicio público ó para el privado en los casos marcados en la ley, que son: Establecimiento ó aumento de riegos.—De baños ó fá-

(1) *Ley de Aguas*, artículos 111 y 112.
(2) Idem id., artículos 113 y 114.
(3) Idem id., artículos 115 y 116.

bricas.—Desecacion de lagunas y pantanos.—Evasion de aguas de alumbramiento artificial.—Salida de aguas de escorrentías, ó sea sobrantes de acequia de riego y drenajes, ó desecacion por medio de tubos subterráneos. Es inherente á ésta servidumbre el paso por las márgenes para su servicio.

Debe tenerse presente que esta servidumbre se entenderá forzosa cuando para establecerla no sea necesario proceder á la expropiacion del terreno ni haya de ser costeada con fondos generales del Estado ó particulares de la provincia, así como que no se cause perjuicio á tercero, y que las aguas sean propiedad del que solicite la servidumbre de acueducto (1).

En el caso en que la obra haya de ser costeada con fondos públicos, tocará al Gobierno decretar la servidumbre; si con fondos provinciales ó municipales, al Gobernador de la provincia, prévia audiencia en cada caso de la Diputacion provincial ó del Ayuntamiento. Pero debe tenerse muy presente que todas las cuestiones que se refieran á estas servidumbres son de la competencia de los Tribunales de justicia y ajenas por completo á la Administracion (2).

No puede imponerse, ni sobre edificios, huertos y jardines existentes al hacer la solicitud, ni por dentro de otro acueducto preexistente, sin permiso del dueño.

Podrá oponerse á la peticion el dueño del predio que ha de sufrir sus consecuencias, si el peticionario no lo es del agua ó terreno en que se ha de utilizar, ó si puede servir otro prédio con iguales ventajas para el que solicita, y ménos inconvenientes para el que sufre.

Esta servidumbre, como forzosa, no podrá constituirse por dentro de otro acueducto ya constituido, pero sí por sobre la misma finca que ya estaba gravada, prévio expediente, é indemnizacion en su caso.

Si debiera atravesar vías ó cauces públicos ó comunales, el permiso se concederá por el Gobernador Civil de la provincia.

Cuando un predio que gozaba el Derecho de regadío se divida, los dueños de la parte superior quedan obligados á dar paso al

(1) *Ley de Aguas*, art. 117.—Sentencia del Supremo de Justicia de 21 y 7 de Mayo de 1870.

(2) Idem id., art. 117.—Sentencias del T. S. de Justicia de 4 de Mayo de 1870 y 24 de Mayo de 1871.

agua como servidumbre de acueducto, en beneficio de los predios inferiores, sin que haya lugar á indemnizacion.

Marca tambien la ley la forma en que han de verificarse las obras del acueducto; que consistirá:

*a*—En acequia, cuando no sea peligrosa por su profundidad ó situacion.

*b*—Con acequia cubierta, cuando la profundidad, proximidad á habitaciones ó caminos, ú otras causas análogas lo exijan así á juicio de la autoridad.

*c*—Se constituirá en cañería ó tubería cerrada, siempre que las aguas en cuestion puedan inficionar otras aguas ó causar daños á los sitios ó edificios por donde pase (1).

El dueño del terreno sobre que haya de fundarse el acueducto se podrá oponer á la imposicion de esta servidumbre, alegando:

1.° Que el que intenta obtener el Derecho no es dueño del agua á que ha de darse paso ni del terreno que se pretende regar.

2.° Que puede establecer la servidumbre sobre otros predios con iguales ventajas para él y con gravámen mucho menor para el prédio sirviente.

Estas cuestiones darán lugar á un expediente gubernativo, que con audiencia de la Diputacion provincial resolverá el Gobernador civil, y á una cuestion de propiedad si no hubiera avenencia, que resolverán los Tribunales de justicia (2).

Esta servidumbre es temporal, ó perpétua si se constituye por más de diez años. En ambas el señor del predio doninante resarcirá préviamente al otro el duplo del arrendamiento del terreno que ocupe, daños y desperfectos en la temporal, y reposicion, al terminar, de las cosas á su estado primitivo; en las perpétuas, daños y perjuicios que se causan á la finca, y el doble del valor por amillaramientos del terreno ocupado. La temporal no puede prorogarse, pero sí hacerse perpétua.

Son de cuenta del señor del predio dominante todas las obras relativas al mismo acueducto, y las necesarias para dejar expeditas las vías públicas ó privadas que atraviese.

Como consecuencia de esto, podrá ser obligado el señor de la servidumbre por la administracion, ó por los interesados en ella,

(1) *Ley de Aguas*, artículos 121, 122, 123 y 124.

(2) Idem id., artículos 125 y 126.—Sentencia del T. S. de Justicia de 31 de Marzo de 1873.

á que cierre y evite las filtraciones y estancamientos y construya y conserve las alcantarillas y puentes necesarios, así como á no retardar, acelerar ni disminuir el curso y caudal de las aguas del acueducto ya construido que atraviese con el suyo.

La naturaleza y configuracion del terreno servirán de base para fijar la forma y anchura del acueducto.

El dueño del acueducto podrá fortificarlo cerrando sus márgenes con paredes, ribazos de piedra, céspedes, estacadas, etc., pero no hacer plantaciones que están igualmente prohibidas al señor del predio sirviente, si bien éste sólo tendrá derecho á cercar y cerrar el acueducto y á edificar sobre él siempre que no impida las reparaciones y limpia del mismo (1).

Si habiéndose edificado sobre el acueducto, para las operaciones de la limpieza y reposicion, fuese preciso demoler algun edificio, los gastos de reedificacion serán de cuenta del que lo levantó sobre el acueducto, á no haber dejado las oportunas aberturas para su limpia.

El cauce, los cajeros y márgenes de una acequia ó acueducto serán propiedad de la heredad á que estén las aguas destinadas; por lo tanto, nadie puede aprovecharse de ellas.

Las acequias pertenecientes á comunidades de regantes se regirán por sus respectivas Ordenanzas.

Sólo es aplicable la doctrina de la ley á las servidumbres *rústicas*, pues las *urbanas* de acueducto, fuente, cloaca, etc., se regirán por las ordenanzas municipales, y por el Derecho comun las que deben su orígen á contratos privados y no afectan intereses municipales (2).

7. 3.ª *Servidumbre de estribo, presa y partidor.* Si para construir una presa en que se haya de tomar agua del dominio público ó privado para servicio público ó privado es necesario apoyarla en riberas ó terrenos que no son del que la construye, podrá exigir de los que lo sean una servidumbre forzosa de estribo. Cuando la presa se construye para aprovechamiento de aguas públicas, la servidumbre la decreta el Gobierno; si de dominio privado, el Gobernador de la provincia, prévia formacion de expe-

---

(1) *Ley de Aguas*, artículos 127, 128, 129, 130, 131, 133, 134 y 135.

(2) Idem id., artículos 136, 137. 138, 139 y 140.—Sentencia del T. S. de Justicia de 21 de Noviembre de 1862.

diente y audiencia de los interesados, debiéndose abonar al dueño del predio sirviente el valor de los edificios, y daños y perjuicios, ántes de comenzar las obras.

Con las mismas condiciones, y la de no perjudicar á los regantes, puede imponerse la servidumbre de parada ó partidor (1).

8. 4.ª *Servidumbre de abrevadero ó saca.* Servidumbre forzosa, que sólo puede imponerse por utilidad pública de alguna poblacion ó caserío, y nunca sobre pozos, aljibes ó cisternas; lleva inherente el paso de hombres y ganados por el predio sirviente, tocándole al Gobernador decretarla y señalar la anchura; al dueño del predio sirviente, recibir la indemnizacion que corresponda y el poder cambiar la direccion de la vía, pero no su entrada ni anchura (2).

9. 5.ª *Servidumbre de camino de sirga y otras.* Forzosa la de *camino de sirga* para los predios ribereños á rios navegables ó flotables, impide hacer zanjas, vallas ó plantaciones que obstruyan el camino. Su anchura es un metro para el de peatones, y dos para el de caballerías; en los rios nuevamente declarados navegables ó flotables ha de preceder indemnizacion.

El camino de sirga es exclusivo de los rios navegables ó flotables, porque lo es para el servicio de la navegacion y flotacion fluvial; así que, si un rio deja de ser permanentemente navegable ó flotable, la servidumbre cesa; y si, por el contrario, el Gobierno declaráre á un rio estas condiciones, desde luégo podrá surgir la servidumbre, si bien corresponderá al Gobierno mismo señalar la anchura del camino y la márgen por donde debe llevarse.

Las ramas de los árboles correspondientes á predios ribereños que obsten la navegacion ó flotacion y uso del camino de sirga serán cortadas, y los dueños de los predios ribereños en su calidad de sirvientes tendrán que sufrir que en ellos se amarren ó afiancen las maromas ó cables necesarios para las barcas de paso, que se depositen las maderas conducidas á flote cuando hubiere necesidad, así como las mercancías salvadas de naufragio ú otra necesidad urgente, si bien abonándoseles daños y perjuicios, á los que quedarán responsables las maderas ó mercaderías depositadas.

---

(1) *Ley de Aguas*, artículos 142, 143, 144, 145, 146.
(2) Idem id., artículos 147 y siguientes hasta el 151.

Tambien los pescadores podrán tender allí sus redes y depositar la pesca, pero sin internarse más que tres metros en la orilla (1).

En los casos en que sea necesario limpiar ó desbrozar los rios ó barrancos, las materias extraidas se depositarán en los predios ribereños, si bien prévia la correspondiente indemnizacion.

No concede la ley el Derecho de sirga sino en el caso de absoluta necesidad y con arreglo á la ley de expropiacion, á los canales navegables (2).

Otras servidumbres, tales como amarrar maromas ó cables para sujetar los buques, sufrir las descargas de mercancías salvadas de avería, naufragio, etc., pesan sobre los predios ribereños, siempre con indemnizacion de daños y perjuicios (3).

10. Esta ley, como general para todo el reino, ha derogado cuanto en la materia se observaba por las leyes, costumbres y fueros anteriores.

---

(1) *Ley de Aguas*, artículos 152 al 154.
(2) Idem id., artículos 152, 154, 156, 157, 158, 159.
(3) Idem id., artículos 160 al 165.

# LECCION XXXI.

**Instituciones del Derecho civil.—De las cosas.—Derechos reales limitativos del dominio.—Continuacion.**

**SUMARIO.**

1. DISPOSICIONES COMUNES á las servidumbres.—DERECHO COMUN.—2. Personas que pueden constituirlas.—3. Modos de constituirlas.—4. Derechos del dueño del predio dominante.—5. Modos de extinguirse las servidumbres.—6. Requisito para que produzcan efectos contra un tercero.—7. Derecho limitativo es tambien la prenda.—8. La hipoteca.—DERECHO FORAL.—9. ARAGON.—10. NAVARRA.—11. CATALUÑA.

1. Nos hemos ocupado de las disposiciones legales que rigen en cada clase de servidumbre; tócanos ahora tratar de las que son comunes á todas, y que se refieren á

Las personas que pueden constituirlas.

Modo de constituirlas.

Modos de extinguirse.

DERECHO COMUN.

2. *Personas que pueden constituirlas.* Limitacion del Derecho de propiedad, sólo pueden imponerse por la voluntad de los dueños, por la ley ó por sentencia judicial.

Las que deben su orígen á la voluntad del hombre, sólo pueden ser constituidas por el que tiene derecho á limitar su propiedad; así, pues, ademas de la facultad para enajenar y contratar, siempre necesaria, lo será el consentimiento de todos los condueños, si la finca gravada pertenece á muchos, sin que el hecho de unos pueda perjudicar á los que no consintieron (1).

El enfiteuta, si bien era opinable si la constitucion podia ser

(1) Ley 10, tít. XXXI, Part. III.

perpétua ó sólo miéntras durase la enfitéusis, como creia Gregorio Lopez, doctrina que se ha fijado modernamente, declarándose que cuando el predio caiga en comiso pasará al señor del dominio directo con todas las cargas impuestas por el enfiteuta, pero quedando siempre á salvo los derechos de aquél (1). La servidumbre adquirida por el censuario como un aumento en la propiedad, es claro que subsiste aunque el censo acabe.

Ya hemos indicado en lecciones anteriores que el dominio, la propiedad, no se concibe sin la *plena in re potestas;* esto es, que al decirse Derecho de propiedad, se supone desde luégo que el que lo ejerce lo hace con todas sus consecuencias, y que la cosa, objeto del Derecho, sola y exclusivamente sirve y pertenece al que la obtiene.

Dedúcese de lo dicho que toda finca se reputa libre de servidumbre miéntras no se pruebe lo contrario (2).

3. *Modo de constituirlas.* Ya hemos dicho que por la ley se constituyen, y hemos visto casos generales, y el particular referente al usufructo concedido al padre sobre los bienes adventicios de sus hijos. Constitúyense por un acto de la voluntad, mediante *convenio* seguido de tradicion, ó cuasi tradicion, é inscripcion en el registro de la propiedad para que pueda valer contra tercero (3).

En todos estos casos, y presumiéndose la libertad de las fincas, la existencia de la servidumbre debe probarse por aquél que va á á gozar de su beneficio (4).

Aunque el contrato sea una de las maneras de constituirse la servidumbre, es necesario que la imposicion sea clara y precisa; así que, la cláusula general de un contrato de compra venta en que la finca se traspasa con todas sus entradas, salidas y servidumbres, no es bastante á probar que la servidumbre existe si no se menciona expresamente.

Ademas del contrato las servidumbres se constituyen por testamento y por el uso (5).

---

(1) Ley 11, tít. XXXI, Part III y *Glosa* 1.ª—*Ley hipotecaria*, art. 118.

(2) Sentencias del T. S. de Justicia de 23 de Junio de 1863, 1.° de Diciembre de 1864 y 13 de Diciembre de 1865.

(3) Ley 5.ª, tít. XVII, Part. IX.

(4) Ley 14, tít. XXXI, Part. III.—Sentencias del T. S. de Justicia de 13 de Enero de 1860, 23 de Junio de 1862, 26 de Noviembre de 1864.

(5) Sentencias del T. S. de Justicia de 2 de Noviembre de 1874, 27 de Diciembre de 1871.

Por *última voluntad* expresada en testamento ó codicilo pueden tambien constituirse servidumbres, puesto que siendo éstas sólo una desmembracion ó limitacion del Derecho de propiedad, el que tiene Derecho para disponer de la propiedad, con más motivo lo tendrá para disponer de parte de ella; *por prescripcion* de diez años entre presentes, y veinte entre ausentes las *contínuas*, y por tiempo inmemorial las *discontínuas*, que no se probará por testigos. Corre el tiempo en la servidumbre afirmativa desde que se comenzó á usar de ella, en la negativa desde que se impidió el ejercicio de la servidumbre (1).

Esta es la doctrina seguida al parecer por nuestras leyes y aceptada por el Tribunal Supremo, si bien es cierto que no aparece bien clara la distincion entre las servidumbres contínuas y discontínuas, como no aparecia tampoco para los efectos de la prescripcion en la legislacion romana (2).

En las servidumbres negativas no basta para la prescripcion, aunque sean contínuas, miéntras no aparezca un acto prohibitivo, por el que el señor de un predio impida alguna obra cuya prohibicion se consiente durante el tiempo marcado por la ley para prescribir (3).

En las cosas del procomunal de los pueblos no tiene lugar la prescripcion, porque tampoco pueden constituirse servidumbres (4).

4. *Derechos del dueño del predio dominante.* Basta fijarse en lo que es el Derecho que nos ocupa para comprender que en él están de una parte los derechos todos y de otra parte todas las obligaciones respectivas. Así, pues, al señor del predio dominante le corresponde usar de la servidumbre en toda su extension sobre el predio sirviente y hacer todas las obras y trabajos que sean necesarios para que, sin perjuicio de tercero, pueda realizarse la servidumbre; pero claro es tambien que el importe de estas obras

---

(1) Ley 15. tít. XXXI, Part. III.—*Glosa* 12 de Gregorio Lopez y Sentencia del Supremo de 9 de Noviembre de 1865.

(2) Ley 15, tít. XXXI, Part. III.—Sentencias del T. S. de Justicia de 17 de Diciembre, 25 de Octubre, 1.° de Junio y 13 de Enero de 1866; 13 de Enero y 28 de Junio del 60; 23 de Junio de 1862; 26 de Octubre y 9 de Noviembre de 1865; 17 de Junio de 1873; 27 de Febrero, 11 de Marzo y 14 de Abril de 1874.

(3) Sentencias del T. S. de Justicia de 29 de Marzo de 1870 y 6 de Marzo de 1875.

(4) Ley 13, tít. XXXI y tít. XXVIII, Part. III.—Sentencias del T. S. de Justicia de 6 de Febrero de 1864, 10 de Enero de 1868.

corre como ellas á cuenta del señor del predio dominante, sin que pueda exigir nada del del sirviente, á no ser en la servidumbre de edificar sobre la pared de la casa del vecino (1).

Siempre que para ejercer el Derecho de servidumbre sea necesario inferir al predio sirviente un nuevo gravámen, sin el cual la servidumbre no podria ejercitarse, el señor del predio dominante tiene el derecho de hacerlo: así, por ejemplo, la servidumbre de tomar agua del pozo, ó piedra de una cantera del predio vecino, dan indudablemente al señor del dominante el derecho de paso por el sirviente en toda la extension necesaria para poder disfrutar completamente de ella; y véase cómo á las veces una servidumbre puede representar dos ó más.

El señor del predio dominante tiene tambien el derecho de obligar al del sirviente, no sólo á que no se oponga al ejercicio de la servidumbre, sino tambien á que no aumente las incomodidades de ella. Pero tambien al lado de este derecho surge la obligacion de no hacer más gravosa la servidumbre con relacion al predio sirviente.

5. *Modos de extinguirse.* Se extingue toda servidumbre por *consolidacion, término del tiempo por que se constituyeron, remision, no uso* y *destruccion de la cosa;* las personales, ademas, por *muerte del que las disfruta* y por *enajenacion de la servidumbre.*

*Consolidacion* es la reunion de los derechos de propiedad y servidumbre en una misma persona. Como sólo puede existir servidumbre en *cosa ajena*, desde el momento que esta condicion desaparece, desaparece la servidumbre. Sólo la de aguas puede hipotecarse y enajenarse sin el fundo; las demas, no (2).

Por punto general, extinguida de esta manera una servidumbre, no revive aunque la consolidacion desaparezca: hay, sin embargo, casos en los cuales, si los predios consolidados vuelven á separarse, las servidumbres aparecen de nuevo. Tal es el caso en que al separarse se exprese que la separacion se hace con todas las servidumbres, el en que el dueño del predio dominante, instituido heredero por el del predio sirviente, adquiere éste y lo vende luégo, ó cuando la consolidacion es entre marido y mujer, por-

(1) Ley 6.ª, tít. XXXI, Part. III.—Sentencia del T. S. de Justicia de 1.º de Diciembre de 1869.

(2) Leyes 12, 17 y 24, tít. XXXI, Partida III.—*Ley hipotecaria*, artículo 108, § 6.º

que despues de disuelto el matrimonio y separados los bienes, resucitan las servidumbres (1).

*Término por que se concedió*, pues fué condicion esencial de la constitucion, y terminado, termina ésta.

*Remision:* si aquel á cuyo favor está constituida renuncia expresa ó tácitamente, claro es que termina, porque cada uno es libre de renunciar su derecho (2).

*No uso* es una renuncia tácita. El tiempo por que ha de dejarse de usar varía. En las discontínuas es de diez á veinte años; en las contínuas, inmemorial. Si el predio es comun, el hecho de uno de los condueños aprovecha á los demas (3).

*Destruccion de la cosa:* porque cesa el objeto porque se constituyó la servidumbre, pero en las reales parece que si la cosa vuelve á existir, la servidumbre revive si no ha prescrito, porque es un derecho anejo al suelo; en las personales, no (4).

*La muerte del que disfruta la servidumbre* produce la extincion de las personales, pues sólo se han concedido á la persona, á no haber pactos que extiendan su duracion sin ser contrarios á su naturaleza ni á los derechos del propietario (5).

*Enajenacion de la cosa*: es tambien peculiar á las personales, tan unidas á la persona que las disfruta, que no pueden pasar á otra; sin embargo, no se extinguen por la cesion condicional y temporal para volver al usufructuario la cosa, que se considera sólo como una enajenacion de frutos.

6. Para que produzcan efecto las servidumbres contra tercero se han de inscribir en el Registro de la propiedad con todas las modificaciones que sufran (6).

7. Otro Derecho real limitativo del dominio es la *prenda*, voz genérica un tiempo, así entre los romanos como en las *Partidas*, por el que se entendia *el Derecho real constituido á favor de un*

---

(1) Ley 17, tít. XXXI, Part. III, y Sentencia del T. S. de Justicia de 24 de Febrero de 1864.

(2) Ley 17, tít. XXXI, Part. III.

(3) Leyes 16, 18, 24, id., id.

(4) Ley 25, id., id.

(5) Ley 24, 26, id., id.—Sentencia del Sup. de 13 de Abril de 1861 y 28 de Mayo de 1873.

(6) Leyes 24 y 26, id., id.—Sentencia de 16 de Abril de 1859.—*Ley hipotecaria*, artículos 2.º y 23.

*acreedor para la seguridad de su crédito, que podia hacerse efectivo sobre la cosa misma.*

Como se ve, la prenda genéricamente considerada era una limitacion al dominio, puesto que el propietario no podia disponer de ella miéntras estaba afecta al crédito, y podia ademas perderla en todo ó en parte. Este Derecho seguia á la cosa con entera independencia de las personas.

8. Hoy se ha distinguido perfectamente en el Derecho de prenda el caso en que se constituya sobre cosa mueble ó raíz, y se ha llamado en el primero *prenda*, en el segundo, *hipoteca;* no se diferencian en su esencia; derechos reales ambos, siguen todas las reglas y consecuencias de éstos; en la forma sí, pues, por punto general, en la *prenda* la cosa *se entrega* al acreedor, y en la hipoteca no.

Al ocuparnos de los contratos hemos de tratar tanto de la *prenda* como de la hipoteca detenidamente, por lo que ahora nos limitamos á estas ligerísimas indicaciones.

## DERECHO FORAL.

9. ARAGON. Existe con el nombre de *viudedad* un usufructo legal del cónyuge supertite sobre los bienes del premuerto si el matrimonio se consumó ó hubo velaciones; si los bienes son inmuebles y si los han disfrutado viviendo unidos.

El Derecho de pasar por una heredad, que por Derecho comun sólo por prescripcion inmemorial se adquiere, en Aragon, áun sin títulos, surge á los diez años entre presentes y veinte entre ausentes (1).

Las servidumbres contínuas y las discontínuas se adquieren por la prescripcion comun de diez años entre presentes y veinte entre ausentes; y por cierto que al decirse de las últimas, si el poseedor tuviera título, parece ser que no es necesario para la prescripcion de las servidumbres contínuas. Si en las discontínuas no hubiera título, la prescripcion deberá ser inmemorial, y lo mismo sucede con las servidumbres de pastos, lana y abrevaderos (2).

---

(1) Observ. 21, Fuero 4.º—*De Jure dot.* Ob. 14.—Sentencia del T. S. de Justicia de 28 de Noviembre de 1868.—Observ. 7.ª de *praescrip.*

(2) Observ. 7.ª y 9.ª de *praescrip.*, lib. II.—Observ. 4.ª *De aqua pluviali arcenda*, lib. VII.—Observ. 3.ª *De pascuis*, lib. VII.

Creen algunos autores que no es necesaria la buena fe para la prescripcion, que, como es sabido, se mira en Castilla como un requisito indispensable. Ciertamente el Fuero no lo exige.

10. NAVARRA. Existe usufructo por derecho de viudedad; por fuero sólo lo gozan los nobles; comprende muebles é inmuebles; obliga á pagar las deudas, alimentar los hijos, permanecer en viudedad, cuidar los bienes y no enajenarlos (1).

El dueño de un predio gravado con la servidumbre de paso podrá cerrarla siempre que preste la servidumbre por un extremo de su heredad, sin causar por esto perjuicio é incomodidad graves al público ó al señor de la servidumbre. En cambio, si se necesitase paso para una fuente nueva, éste se dará por el lugar más próximo y fácil. Es muy notable la prescripcion del Fuero por virtud de la cual si para ir á una heredad no hubiera camino conocido y los vecinos colindantes no quisieran darlo, el dueño de ella podrá llamar gente situándose en la misma heredad, y por donde acuda el primer hombre á sus voces, por allí quedará establecida la servidumbre (2).

11. CATALUÑA. Tambíen por un usaje existe el usufructo de viudedad si vivia honestamente y alimentaba á sus hijos: más tarde se acordó la posesion de todos los bienes del marido desde el momento de su muerte y por el año del luto, despues el derecho de hacer suyos los frutos hasta reintegrarse de la dote y esponsalicio, á no señalarle el marido rentas. Si posee todos los bienes, debe hacer el inventario de ellos dentro del mes de saber la muerte, y terminarle en el mes siguiente; de lo contrario, pierde los alimentos en el año de luto y el derecho de usufructuarlos; pero si hay hijos del marido y de otro matrimonio, serán preferidos á la mujer ó hijos del segundo hasta que cubran la dote y esponsalicio de la madre.. Si en las capitulaciones matrimoniales se hubiera pactado á favor del superviviente el usufructo, se entenderá de los que dejase á su fallecimiento (3).

Las Ordenanzas de Sancta Silia, tan antiguas como notables,

(1) Capítulos III, IV y V, tít. II, lib. IV, *Fuero de Nobles.*—Leyes 8.ª, 10, título VII, lib. III, *Nov. Recop. de Navarra.*

(2) Cap. XII de la ley 110 de Córtes de 1817 y 1818.—*Fuero de Navarra*, libro IV, tít. V, cap. I, y lib. V, tít. XII, cap. IV.

(3) *Usaje Vidua*, cap. XXVI de las Córtes de Perpiñan de 1351, XXXII de las de Barcelona de 1564.—Sent. del Sup. de 13 de Abril y 21 de Junio de 1863, y 1.º de Junio de 1866.

regulan en Cataluña la cuestion de servidumbres. Adquiérense las positivas por prescripcion de treinta años sin que sea necesario ni justo título ni buena fe (1).

Exceptúase el Derecho de tener ventanas en pared del vecino mediera ó propia y próxima á la propiedad ménos de cuatro palmos de *destre*. Bien es verdad que el que edificáre sin dejar este hueco, que se llama andronas, está obligado á la demolicion (2).

Compréndese que en este caso no tenga lugar la adquisicion por prescripcion, toda vez que la servidumbre creada es contra ley, y no puede, por lo tanto, estar garantizada por la ley. Sin embargo, si la abertura en vez de ser ventana fuera sólo una claraboya, ó lo que es lo mismo, una abertura de dos ó tres palmos de destre de alto por medio de ancho, y si no estuviera hecha en pared de tapias, podrá prescribirse (3).

No puede adquirirse por prescripcion la servidumbre de paso cuando se verifica por pared de tapia, ladrillo ó entablado (4).

Se extinguen las servidumbres por el trascurso de treinta años, sin que de ellas se haga uso.

---

(1) *Usat. omnes Causæ. Ordin. de Sancta Silia*, 2, 10, 14, 32.

(2) *Ordin. Sancta Silia*, 2, 11, 62 y 63.—Sentencia del T. S. de Justicia de 12 de Febrero de 1859.

(3) Idem id., 14, 15, 20, 50, 61.

(4) Idem, id., 10.

# LECCION XXXII.

**Instituciones del Derecho civil.—De las cosas.—Derechos reales limitativos del dominio.—Continuacion.**

---

**SUMARIO.**

CENSOS.—ENFITÉUTICO.—1 al 3. Del censo como Derecho real limitativo del dominio.— Su definicion. — Sus caractéres.— 4. Division de los CENSOS.— Del CENSO ENFITÉUTICO. — Su definicion. — 5. El censo enfitéutico bajo su aspecto *racional.* — 6. Bajo el *económico.* — 7 al 9. Orígen é historia del censo enfitéutico. — 10. Su naturaleza. — DERECHO COMUN. — 11. Personas que intervienen en el censo enfitéutico. — 12. El *censualista.* — Sus derechos y obligaciones. — 13. El *censuario.* — Sus derechos y obligaciones. — 14. Como se extingue. — DERECHO FORAL. — 15. ARAGON. — 16. NAVARRA.—17. CATALUÑA.—18. VALENCIA.

1. Entre los derechos reales limitivos del dominio figuran los *censos*, á cuya palabra se han dado muy distintas acepciones: unos la han considerado, siguiendo la nomenclatura romana, como el padron de las personas que constituyen un pueblo; otros, como el registro valorado de la propiedad.

Nosotros sólo examinamos el CENSO en el sentido jurídico; como un Derecho hemos de considerarlo, y dirémos que es un *Derecho real constituido sobre finca ajena, por virtud del cual percibimos del dueño de ella una pension.*

2. Como se ve, tratamos aquí del censo como de un Derecho constituido y existente; al hablar de los contratos nos ocuparémos del modo de constituirlos.

3. El CENSO, pues, como Derecho real es una desmembracion, una limitacion del dominio por el Derecho que una persona tiene á exigir de la que posee una cosa cierta pension, y esto, como todos los derechos reales adheridos á la finca, sin consideracion

personal de ninguna especie. El que cobra se llama *censualista;* el que paga, *censuario.*

Y es hasta tal punto el censo una desmembracion del dominio y del Derecho de propiedad, que á diferencia de lo que hemos dicho ocupándonos de los demas derechos reales limitativos del dominio que sólo significan una disminucion mayor ó menor en los derechos inherentes al señor de la cosa de que se trata, el censo da lugar á una verdadera division del dominio, que los autores clasifican y señalan con los nombres de dominio directo y de dominio útil : quizás esta clasificacion y esta nomenclatura no sean enteramente cientificas ni filosóficas; pero reconocidas por el Derecho romano, aceptadas por las leyes españolas y por los tratadistas, no nos creemos dispensados de explicarlas.

*Dominio directo* puede decirse que es el que ostenta el primitivo señor de la cosa, por virtud del cual continúa siendo propietario en la esencia y en el fondo, por virtud del cual podrá quizás en un dia dado reintegrar su propiedad y su dominio y volverlos al primitivo estado, pero Derecho que no le da las facultades que como señor debia tener sobre su cosa, y del que sólo nace el goce de algun gravámen introducido en su favor.

*Dominio útil*, por el contrario, es el verdadero dominio, el que da derecho al goce de las cosas en toda su extension, el que ostenta los caractéres de verdadero señorío, si bien sufriendo un gravámen que los modifica en algun tanto.

La separacion entre el dominio directo y el dominio útil proveniente, como hemos dicho, de los censos, ha sido muy importante en nuestro país; ha creado una legislacion difícil é intrincada que, á pesar de las muchas disposiciones con que el Derecho moderno ha tratado de regularizarla, todavía da lugar á gravísimas cuestiones y merece un cuidadoso estudio.

4. Divídese el censo en *enfitéutico*, *reservativo* y *consignativo;* pero ademas de estos tres, que pueden considerarse como formando la division capital, se conocen en nuestro Derecho otras instituciones tan íntimamente ligadas con los censos, que no podemos en manera alguna dejar de tratar de ellas, siquiera sea someramente. Tales son los *feudos ó señoríos* y los *foros* y *subforos*, tan importantes en Galicia y en alguna parte de Castilla. Entrando ya en materia, nos ocuparémos de cada uno de los indicados censos.

CENSO ENFITÉUTICO: *es el Derecho real que nos asiste en una cosa raíz, para exigir un cánon ó pension anual de la persona á quien se ha transferido el dominio útil de aquélla* (1).

5. Considerado *racionalmente* el censo enfitéutico, tiene su razon de ser en el mismo Derecho de propiedad; pues es claro que el que goza en las cosas toda la potestad de señor, puede á su arbitrio y voluntad desnudarse de una parte de ella, y esto es lo que acontece con el censo que nos ocupa.

6. *Económicamente* hablando, el censo es beneficioso, pues permite que muchas personas sin capital se dediquen á roturar y meter en cultivo tierras eriales, ó á edificar, aumentando así la riqueza.

7. Por más que la palabra *enfitéusis* sea de orígen griego, nosotros buscarémos el orígen del Derecho que nos ocupa en Roma, y á partir de ella harémos sucintamente su historia.

8. Sabido es que por el carácter especial del pueblo romano y de su propiedad, ésta estaba aglomerada y no podia ser cultivada por sus propietarios; la enfitéusis permitia dar terrenos á personas que los cultiváran y los hiciesen productivos con el mismo empeño con que podrian hacerlo los verdaderos propietarios, sin otra carga que la pension que sobre la finca pesaba; aunque su existencia es muy antigua en Roma, la legislacion varió, y para su estudio puede dividirse en tres épocas: 1.ª, época primitiva ó de concesion del *ager publicus*; 2.ª, época imperial ó de concesion del *ager desertus* y dominio imperial, y 3.ª, desde Cenon, que la hace contrato particular.

9. En la Edad Media se aceptó esta institucion, y tal vez ella contribuyó no poco al progreso de los pueblos y al decaimiento del feudalismo.

10. Por su naturaleza es perpétuo, aunque puede constituirse por largo y determinado tiempo. Antiguamente era irredimible, hoy no (2).

Claro es que el censo enfitéutico, por lo mismo que significa una desmembracion del Derecho de propiedad, debe probarse de una manera tal que no dé lugar á dudas de ninguna especie.

---

(1) Ley 3.ª, tít. XIV, Partida I, y 28, tít. VIII, Partida V.
(2) Ley 3.ª, tít. XIV, Partida I, y 28, tít. VIII, Partida V.

El medio de prueba más aceptable es sin duda alguna la escritura pública (1), sobre todo para su constitucion.

DERECHO COMUN.

11. En el censo enfitéutico hay que considerar al *censualista* ó señor del dominio directo, y al *censuario* que tiene el útil, y cada uno ostenta derechos que le son favorables.

12. El *censualista* tiene:

1.° El dominio directo;

2.° Derecho á recibir y exigir la pension anual;

3.° El de adquirir de nuevo la cosa, si durante tres años se dejó de pagar la pension; aunque la ley permite en este caso que el señor tome por sí la cosa, la práctica, de acuerdo con la razon, exige no pueda hacerlo sino judicialmente.

En este caso el señor del dominio directo podrá tambien exigir una constitucion de hipoteca especial para asegurar su crédito, pero que no perjudicará en manera alguna al que anteriormente haya adquirido algun derecho sobre la finca (2). Este crédito hipotecario no se dividirá, aunque se divida la finca censuada, sino por virtud de un contrato entre el censualista y el censuario, y fuera de este caso el censualista podrá repetir contra toda la finca y contra cualquiera que goce de ella en todo ó en parte, si bien el censuario parcial podrá repetir de sus condóminos del dominio útil lo que haya pagado por la totalidad del censo (3).

El pago de las contribuciones correrá á cargo del señor del dominio útil, pero podrá descontar el tanto por ciento correspondiente á la pension (4).

4.° Si la cosa cayese en comiso, el *censualista* la volverá á adquirir con todas las hipotecas y gravámenes reales que la hubie-

---

(1) Ley 3.ª, tít. XIV, Partida I.—Ley 28, tít. VIII, Partida V.—Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia de 10 de Diciembre de 1858, 25 de Junio de 1859, 9 de Marzo de 1861, 10 de Noviembre de 1860, 18 de Diciembre de 1861, 30 de Marzo de 1862.

(2) *Ley hipotecaria reformada*, artículos 114 y 117.

(3) *Ley hipotecaria reformada*, artículo 125, y Sentencias del T. S. de Justicia de 19 de Marzo de 1861 y 9 de Marzo de 1866.

(4) Real Decreto de 23 de Mayo de 1845 y Sentencias del T. S. de Justicia de 28 de Octubre de 1862, 16 de Setiembre de 1864 y 25 de Abril de 1874.

re impuesto el enfiteuta, pero quedando siempre á salvo los derechos del señor directo (1).

5.° El de ser requerido cuando el censuario trate de vender la cosa para que pueda hacer uso del Derecho de tanteo que le asiste, de cuyo Derecho puede el censualista disponer durante dos meses, y áun rechazar al comprador, si hay peligro de que no pague la pension. Así el enfiteuta tiene la obligacion de dar siempre parte al señor directo, de la venta que trata de hacer. Contra el tercero que haya inscrito su Derecho en el Registro de la propiedad, no se da Derecho de tanteo (2).

6.° El de *laudemio* ó *luismo*, ó sea la cincuentena parte del precio que el que nuevamente la posea debe pagar como reconocimiento del dominio directo y permiso para la venta. No lo pagará si la cosa se da en dote á las hijas del censuario ó *en mejora* (3).

Las ventas hechas por el Estado de fincas consideradas como bienes nacionales, no devengan derechos de *laudemio* (4).

7.° Derecho de *retracto*, cuando la cosa se hubiere vendido sin su conocimiento y no hubiere podido ejercitar el de tanteo, sin que éste haya quedado derogado, sino que ambos coexisten (5).

13. Al censuario corresponde:

1.° La adquisicion del dominio útil.

2.° El derecho de vender la cosa, prévia la notificacion y requerimiento al censualista.

3.° El de gozar de ella miéntras pague la pension.

4.° Imponer servidumbre y gravarla con toda clase de derechos reales (6).

5.° Hipotecarla á persona hábil para pagar la pension.

6.° Darla en dote á sus hijas y en mejora á sus hijos, sin pagar *laudemio*.

7.° Retraer, cuando el señor vende el dominio directo (7).

---

(1) Ley 28, tít. VIII, Partida V.— *Ley hipotecaria*, art. 118.

(2) Ley 29, tít. VIII, Partida V.— Sentencia del T. S. de 18 de Noviembre de 1864.

(3) Id., id., id.—Ley de 3 de Mayo de 1823.— Sentencias del T. S. de 30 de Diciembre de 1862, 30 de Mayo de 1864, 7 de Marzo de 1866, 30 de Noviembre de 1868.

(4) Instruccion de 1.° de Marzo de 1836, art. 53.

(5) Ley 8.ª, tít. XIII, lib. X, de la *Nov. Recop.* — *Ley de Enjuiciamiento civil*, art. 674.

(6) Ley 4ª., tit. XXXI, Partida III.—*Ley hipotecaria*, art. 118.

(7) Ley 8, tít. XIII, lib. X, *Nov. Recop.*

Al enfiteuta corresponde satisfacer todas las cargas que no afecten al dominio directo, pues él es el que goza de todas las ventajas.

14. Este censo se extingue:

1.° Por concluirse el tiempo por que se constituyó.

2.° Por perecer la cosa ó quedar de ella ménos de la octava parte, ó mejor dicho, segun las nuevas leyes, de lo necesario para pagar el censo, en cuyo caso el censatario podrá optar entre desamparar la finca ó exigir que se reduzcan las pensiones, aunque si la finca acensuada aumentase de valor, el censualista podrá á su vez exigir que las pensiones se aumenten (1).

3.° Por consolidacion en un solo dueño del dominio directo y del útil.

4.° Por haber el censuario enajenado la finca, contraviniendo á las reglas establecidas (2).

5.° Por no pagarse las pensiones durante tres años consecutivos, ó dos si el censualista es una iglesia. Al enfiteuta se le conceden diez dias para purgar la mora, ó lo que es lo mismo, para pagar las pensiones que debe (3).

Esta disposicion es cruel y absurda; para comprenderlo, basta fijarse solamente en lo que es el censo y en lo que en él representan el censualista y el censatario; en que, por punto general, la enfitéusis está de antiguo constituida; que quizás se ha perdido la memoria del censualista y de sus causahabientes; que el censatario puede venirse creyendo dueño absoluto de ambos dominios; que ha podido hacer en la finca acensuada grandes mejoras, y que sería injusto privarle de la finca por la falta de pago de un gravámen que quizás nadie le ha exigido; por eso la jurisprudencia y várias sentencias del Supremo han sancionado la doctrina de que no es procedente el comiso:

1.° Cuando por ignorancia ú otra justa causa no hizo el pago el enfiteuta (4).

2.° Siempre que el censualista deba al censuario una cantidad igual á la pension, por lo cual puede haber lugar á la compensacion de crédito.

(1) *Ley hip. Refor.*, artículos 151 y 152.—Leyes 28 y 29, tít. VIII, Part. V.
(2) Ley 29, tít. VIII, Part. III.
(3) Ley 28, tít. VIII, Part. V.
(4) Sentencias del T. S. de Justicia de 29 de Abril de 1868 y 11 de Mayo de 1870.

3.° Cuando ofrecida la pension no la haya querido recibir el censualista (1).

4.° Si despues de pasado el término legal el censualista recibiera la pension.

5.° Por la redencion.

Como hemos dicho en el párrafo décimo, este censo es por su naturaleza perpétuo, y por consecuencia irredimible; pero hoy puede redimirse, y la *redencion* ha sido objeto de disposiciones importantes, dictadas á fin de dar á la propiedad toda la mayor libertad posible.

Los tiempos, el desenvolvimiento de la propiedad territorial, la desamortizacion de la enorme masa que estaba en poder de manos muertas, que era indudablemente la que más se hallaba ligada á gravámenes de la especie que nos ocupa, fueron las causas de que el Derecho de redencion se aceptase y admitiese por la ley en multitud de casos.

Inicióse esta reforma en la *Novísima Recopilacion*, y adquirió todo su desenvolvimiento al publicarse en el siglo presente las leyes desamortizadoras, que no solamente facilitan la redencion, sino que dan reglas para hacerla en los casos en que no haya convenios especiales sobre este asunto, ni estatutos ó prácticas locales respecto á ella.

Segun las leyes de la *Novísima*, el capital se regulará por el cánon á razon de uno y medio por ciento, ó sesenta y seis doscientos al millar; regulándose los que se pagan en fruto por el término medio de un quinquenio, y pudiéndose verificar la redencion por terceras partes á voluntad del enfiteuta (2).

Leyes posteriores (3) dieron nuevas reglas para la redencion, tomando por punto de partida el rédito de sesenta reales y señalando diferentes tipos de capitalizacion segun que excedan ó bajen de aquel tipo; para los que no excedan de él, se fija el ocho por ciento, y para los que excedan, el seis y medio. Para aquellos cuyo cánon exceda del tipo indicado y signifique más del seis y medio por ciento del capital, la redencion se hará sobre este tipo al contado, y al cinco por ciento en plazos de nueve años.

(1) Sentencia del T. S. de Justicia de 12 de Junio de 1871.

(2) Ley 21, tít. xv, lib. x, *Nov. Recop.*—Ley de 3 de Mayo de 1823, y Real Decreto de 22 de Diciembre de 1833.

(3) 1.° de Mayo de 1855 y 27 de Febrero de 1856.

Los réditos en frutos se regularán por el término medio de un decenio.

El Decreto de 22 de Diciembre de 1868, y várias sentencias del Supremo, han venido á fijar esta materia, que no podemos analizar en toda su extension, por la índole especial de este libro (1).

6.° Por la prescripcion de treinta años.

Sabido es que las decursas de los censos prescribian, pero era tambien doctrina, si no estrictamente legal, admitida por la jurisprudencia, que el capital del censo era imprescriptible.

El Tribunal Supremo ha sancionado, á nuestro entender con sobra de justicia, la prescriptibilidad en los censos por el trascurso de los treinta años, sin exigir el pago de sus réditos (2).

Con la enfitéusis de que acabamos de ocuparnos guarda íntima relacion el que se llama contrato de superficie, diferenciándose tan sólo uno de otro, en que en éste el Derecho consiste sólo en edificar en suelo ajeno, mediante una pension otorgada al señor directo.

El censatario miéntras paga la pension al censualista ó señor directo, tiene el dominio útil, que puede enajenar ó gravar como mejor le parezca (3).

### DERECHO FORAL.

15. ARAGON. Se le da el nombre de tributacion. La pension se llama *treudo*. No existe la obligacion del enfiteuta de dar parte al censualista de que va á enajenar la cosa, á no corresponderle los derechos de luismo ó fadiga que parece deberán haber sido la consecuencia de pactos especiales (4).

16. NAVARRA. Antiguamente se terminaba tambien por no pagar la pension; hoy, áun puesta esta condicion en la escritura, no produce más efecto que el cobro de réditos, intereses atrasados y costas (5).

---

(1) Sentencias del T. S. de 17 de Marzo de 1863, 21 de Diciembre de 1869, 20 de Setiembre de 1851 y 15 de Junio de 1868.

(2) Sentencias del T. S. de Justicia, de 9 de Marzo de 1861 y 24 de Enero de 1872.

(3) Ley 8.ª, tít. XIII, lib. X, *Nov. Recop.*—*Ley hipotecaria*, art. 107, números 1 y 5.

(4) Obser. 23, *De Gener. privileg.*

(5) Exp. III, tít. IX, lib. III del *Fuero*.—Ley 2.ª, tít. IV, lib. III, *Nov. Recopilacion de Navarra*.

17. CATALUÑA. Sólo por treinta dias se le concede el Derecho de tanteo. El señor del dominio directo puede cederlo, y no corresponde á éste ni en las enajenaciones por título lucrativo, ni en las onerosas, si se puede seguir perjuicio al vendedor. El laudemio no tenía señalada cuota fija, pero hoy el Tribunal Supremo ha declarado que las disposiciones del Derecho municipal y supletorio sólo tengan valor si no están derogadas por leyes generales del reino posteriores á la 1, tít. IX, lib. V, *Nov. Recop.*, y que el laudemio no exceda de la cincuentena parte del valor líquido de la cosa, á no haber pacto especial (1).

Bien quisiéramos extendernos algo más en cuanto se refiere á la enfitéusis en Cataluña, pero en la imposibilidad de hacerlo, indicarémos que, ademas del fuero general, existe uno particular para la ciudad de Barcelona, que modifica el Derecho general de España, y cuyo desenvolvimiento debe buscarse, no solamente en los Utsages y Constituciones, sino en las sentencias arbitrales recopiladas, y en las del Tribunal Supremo de Justicia (2).

No podemos, sin embargo, prescindir de hacer alguna ligera indicacion sobre dos instituciones cuyos nombres no son conocidos en Castilla, y de paso, y por la misma razon, indicarémos que el laudemio ó luismo se conoce tambien en Cataluña con el nombre de *foriscapio*.

Las dos instituciones á que hemos aludido son: la *cabrevacion* y la *rabasa morta*.

CABREVACION: es el Derecho que asiste al señor del dominio directo de hacerse reconocer como tal; á este Derecho responde la obligacion en el señor del dominio útil de manifestar los títulos que dan orígen á la enfitéusis; la *cabrevacion* sirve de prueba para acreditar los derechos del señor directo, así como aceptada por éste sin reservas, demuestra que el señor del dominio útil tiene satisfechos todos los gravámenes que pesan sobre la finca.

RABASA MORTA: es una enfitéusis constituida, no sobre el suelo, sino exclusivamente sobre las primeras cepas que en un

---

(1) *Const.* 2.ª, tit. XXXI, lib. IV, vol. 1.º—Sentencia del Supremo, de 30 de Diciembre de 1862.

(2) Sentencias del T. S., de 24 de Enero y 9 de Marzo de 1863, 20 de Enero de 1866, 30 de Noviembre de 1868, 7 de Marzo de 1871, 18 de Abril de 1872 y 18 de Junio de 1875.—*Constituciones de Cataluña.*—Usatges. Omnes causæ. Sentencias arbitrales y privilegio de Recogno. Próceres.

terreno determinado se planten y cultiven; y si bien dan derecho á usar del terreno, este derecho no puede durar más que el término que vivan las primeras cepas, ó pasados los cincuenta años de su establecimiento (1). Concluye tambien la *rabasa morta* si se han destruido las dos terceras partes de las cepas que la constituyen; no obstante, el enfiteuta puede hacer en su viña mugrones, que harán más duradero su derecho.

18. VALENCIA. El *luismo* consistia en la décima del precio, y le pagaba el vendedor. Ademas, si el enfiteuta era una mano muerta, debia pagar el laudemio cada quince años, y se llamaba quindenio. Esto lo creemos derogado.

(1) Sentencias del T. S. de Justicia, de 5 de Diciembre de 1863, 9 de Mayo de 1865, 10 de Noviembre de 1868 y 11 de Febrero de 1875.

# LECCION XXXIII.

**Instituciones del Derecho civil.—De las cosas.—De los feudos y señoríos.**

**SUMARIO.**

1 y 2.—FEUDOS Y SEÑORÍOS: Su definicion.—3. ¿Están abolidos? Excepcion.—4. Derechos que quedan á los señores territoriales.—5. Modo de acreditarse la cualidad de las fincas.—6. Excepcion de pago de los derechos señoriales.—7. Por qué nos ocupamos de esta institucion.—8. DERECHO FORAL.—CATALUÑA.

1. Aunque, como hemos sostenido en otros lugares de esta obra, el feudalismo ni echó raíces ni tuvo importancia en España, exceptuando el territorio próximo al Pirineo y el Principado de Cataluña, algo importante y digno de estudio produjo relativamente á la propiedad española, con la institucion que recibió el nombre de *Señoríos*.

2. FEUDO ó SEÑORÍO era la concesion del dominio útil en un inmueble ó derecho real otorgado á reserva del directo y á condicion de prestar obsequio y fidelidad al cedente (1).

3. Todas las prestaciones reales y personales, y todas las regalías y derechos nacidos de un título jurisdiccional ó feudal quedaron abolidos, y los *señores* sin accion alguna para exigirlo; así, pues, no existen hoy las prestaciones conocidas con los nombres de terratje, quistia, forratje, jova, llosol, trají, acapte, lleuda, peatje, ral de batlle, dinerillos, cena de ausencia y de presencia, costillería, tiratje, barcatje, pecha, fonsadera, martiniega, yantar, yantarega, pan de perro, moneda forera, maravedises, plegarias, y cualesquiera que denoten señorío y vasallaje (2).

---

(1) Ley 1.ª, tít. XXVI, Part. IV, y S. del T. S. de Justicia de 7 de Marzo de 1866.

(2) Decreto de las Córtes de 6 de Agosto de 1811.—Ley de 3 de Mayo de 1863.—Decreto de las Córtes de 23 de Agosto de 1832.—Sentencias del T. S. de Justicia de 14 de Octubre de 1845, 2 de Marzo de 1849, 30 de Setiembre de 1850, 5 de

Subsistirán, sin embargo, estos derechos si el perceptor prueba que tienen su orígen en un contrato y que le pertenecen por dominio alodial; abolidos igualmente los privilegios privativos y prohibitivos de señorío, como los de caza, pesca, hornos y otros, quedan de libre uso de los pueblos, si bien los dueños pueden, como particulares, hacer uso de los que les correspondan en razon de vecindad, quedando los poseedores en el pleno dominio de esos derechos y libres del pago de pensiones, laudemio y demas impuestos en las escrituras de establecimiento (1).

4. Los señoríos territoriales y solariegos quedan reducidos á derechos de propiedad particular:

1.° Si los señoríos no son de los que deban incorporarse al Estado.

2.° Si se han cumplido las condiciones con que se concedieron.

Serán de propiedad particular los censos y otras prestaciones en que la adquisicion del territorio sea independiente de la de la jurisdiccion, ó en que se pruebe que la ha dado orígen un contrato libre. No es necesaria la exhibicion de los títulos de propiedad para convertir en particular:

1.° La de los censos, rentas, terrenos y heredades sitos en territorios que no fueren de señorío jurisdiccional.

2.° La de predios rústicos y urbanos, censos consignativos y reservativos de pueblos de señorío, pero que han pertenecido siempre al poseedor como de propiedad particular.

3.° Las de señorío que hubiesen pasado por el juicio de incorporacion y reversion (2).

En el primero de los casos indicados no pueden los poseedores ser inquietados, quedando á salvo los derechos de reversion é incorporacion y las acciones que las leyes conceden á terceros po-

---

Julio de 1851, 20 de Marzo y 10 de Diciembre de 1858, 24 de Enero, 21 de Junio y 13 de Setiembre de 1862, 18 de Abril de 1863, 9 de Enero de 1864, 17 de Junio de 1865, 31 de Marzo y 17 de Junio de 1866, 18 de Febrero de 1867, 7 de Mayo de 1872 y 21 de Enero de 1874.

(1) Decreto de las Córtes de 6 de Agosto de 1811 y 19 de Julio de 1813.—Sentencia del T. S. de Justicia de 9 de Junio de 1859.

(2) Decreto de 6 de Agosto de 1811 y 23 de Agosto de 1837.—Sentencias del T. S. de Justicia de 23 de Febrero de 1854, 8 de Junio y 23 de Febrero de 1859, 21 de Junio y 25 de Enero de 1862, 6 de Noviembre y 27 de Enero de 1866, 27 de Febrero de 1865, 18 de Febrero, 27 de Diciembre y 27 de Junio de 1867, 13 de Mayo, 4 de Abril y 8 de Julio de 1868.

seedores; en el segundo, si ocurriere duda ó contradiccion acerca de la cualidad particular, deberán los poseedores justificarla en juicio breve y sumario, siendo prueba bastante para los censos consignativos la escritura de imposicion. Ademas de ella deberá acreditarse en los reservativos que, al tiempo de otorgarse, la finca pertenecia al que la gravó. En estos juicios la sentencia sólo decidirá sobre la posesion; será guardada y cumplida en todo ménos respecto á los derechos que denoten señorío ó vasallaje, y deberá ser exhibida por el poseedor, caso necesario.

5. La cualidad enfitéutica de las fincas sitas en territorio de señorío, se acreditará, á falta de escritura y si ha existido juicio de reversion, por las pruebas generales de Derecho, teniendo presente que si los señores jurisdiccionales no presentasen sus títulos de adquisicion dentro de los dos meses subsiguientes á la publicacion del Decreto de 23 de Agosto de 1837, procede el secuestro, á no ser que fuerza mayor, justificada con citacion de las partes interesadas, lo impida (1); presentados los títulos dentro del expresado término, las prestaciones, rentas y pensiones que consten en ellos continuarán hasta que recaiga sentencia ejecutoria; pero será necesario para la validez de estos juicios la citacion fiscal y la de los pueblos interesados, si bien no se admitirán otras pruebas sino las referentes á si los señoríos son por su naturaleza incompatibles, si son territoriales ó solariegos, y si se han cumplido las condiciones de su concesion. Los títulos de que venimos hablando han de ser originales ó testimonios literales é íntegros, debidamente compulsados á presencia del Juez y Fiscal del partido donde los señores tuvieran sus archivos; si los originales hubieran sido destruidos por accidente inevitable y debidamente acreditado, bastará la copia íntegra, legalizada y con fecha escrita de los mismos, y la informacion documental ó testifical y próxima á los sucesos orígen de la destruccion que se trata de probar.

Presentados por los señores los indicados documentos ante el juez del partido donde su archivo radique, podrán pedir cuantos testimonios estimen necesarios para guarda de sus derechos.

---

(1) Decretos de las Córtes de 23 de Agosto y 28 de Octubre de 1837. — Sentencias del T. S. de Justicia de 25 de Enero de 1841, 16 de Enero de 1844, 19 de Octubre de 1861, 24 de Enero de 1862, 27 de Enero de 1866, 16 de Diciembre de 1867 y 27 de Junio de 1873.

6. Aunque se hubieran presentado los títulos de adquisicion y los pueblos que fueron de señorío se incorporen á la nacion, no pueden exigirse ni deben pagarse las prestaciones y derechos de señorío y vasallaje que por el Decreto tantas veces citado quedaron abolidos; pero esto no quiere decir que los particulares ni los pueblos puedan exigir de los señores la devolucion de lo que les hayan pagado por los expresados derechos cuando éstos subsistian. En los predios que fueron de señorío y que se dieron á foro, censo ó enfitéusis, el dominio útil continuará en los que se adquirieron, aunque el señorío se haya revertido ó incorporado á la nacion; y como de propiedad particular, producirán su efecto los contratos celebrados con posterioridad á la primera concesion para transferir á otras personas aquellos derechos limitativos del dominio; los enfitéusis de señorío que hayan de subsistir, el laudemio, luismo ú otro derecho equivalente, no deben exceder del dos por ciento del valor líquido de la finca, salvo los contratos existentes, y siempre que el dominio en virtud del cual se cobre sea alodial (1).

Los poseedores del dominio útil en las enfitéusis de señorío no tienen obligacion de pagar nada por causa de fadiga ó derecho de tanteo, que será recíproco para los poseedores de ambos dominios; el laudemio, las pensiones y demas prestaciones en dinero ó fruto se podrán redimir conforme á la ley en las enfitéusis de señorío.

7. Hemos examinado la teoría del dominio directo y útil en feudos y señoríos, porque aunque éstos estén abolidos, como hemos dicho, todavía tienen en el foro importancia no escasa, toda vez que sobre ellos áun se ventilan gravísimas cuestiones. No es, pues, sólo bajo el aspecto histórico, sino tambien bajo el práctico, como debe considerárseles.

## DERECHO FORAL.

8. Cataluña. Hemos indicado en otras lecciones que el feudalismo, que apénas si existió en España ó tuvo verdadera importancia, se implantó fuertemente en Cataluña, merced á sus estrechas relaciones durante la Edad Media con Francia: quizás por

---

(1) Sentencias del T. S. de Justicia de 9 de Enero de 1864, 24 de Enero de 1862, 30 de Enero de 1865 y 7 de Marzo de 1866.—Ley de 3 de Mayo de 1823.

esta razon áun hoy las cuestiones relativas á señoríos sean más comunes en Cataluña que en el resto de la península, á pesar del carácter general de las leyes que los abolieron.

Conócese allí en las cosas feudales, en que los dominios están divididos, ademas del señor primitivo, un segundo ó tercero que reciben el nombre de señor mediano ó medianero, que percibirá, caso de ser uno sólo, la mitad del laudemio en su caso; pero si estos señores fueran dos ó más, el laudemio se dividirá por terceras partes, percibiendo una el señor feudal primitivo, y dividiéndose las dos restantes por iguales partes entre los secundarios ó medianos. Debiendo advertirse que si el medianero inmediato hubiera usado del derecho de fadiga, no participará en su caso de la parte de laudemio que debiera corresponderle, y que en el caso de que alguno de estos señores enajenáre su dominio, el laudemio se repartirá percibiendo dos tercios del mismo el inmediato superior al enajenante, dos tercios del resto el superior á éste, y así sucesivamente, dándose el último resto al señor del dominio directo; que el derecho de tanteo corresponderá al último de los señores de quien inmediatamente nace la enfitéusis, y que si el dominio fuera enajenado por algunos de los señores medianeros, tendrá el derecho de fadiga el inmediato superior en señorío (1).

(1) Const. 2.ª, tít. XXXI, lib. IV, volúmen I de las Constituciones de Cataluña. — *Costum.* 4 y 5, tít. XXX, lib. IV, volúmen I, idem, idem. — Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia de 30 de Diciembre de 1863 y 7 de Marzo de 1871.

# LECCION XXXIV.

**Instituciones del Derecho civil.—De las cosas.**
**—De los foros.**

**SUMARIO.**

1. De los FOROS. Rápido estudio.—2 y 3. FORO: su definicion.—4. SUBFORO.—Instituciones análogas.—5. Derechos del *aforante*. —6. Derechos del *forero*.—7. Causas por que se extinguen los *foros*.

1. Vamos á ocuparnos en esta leccion, de una de las instituciones más raras y peregrinas que se conocen en España, que tiene un carácter especial y distinto, y que reviste tal gravedad, que no solamente ha impreso un sello característico á la propiedad territorial, sino que viene siendo hace mucho tiempo objeto de profundo estudio para el legislador, al par que de dificultades gravísimas, cuya solucion no se ha alcanzado todavía.

Los *foros* y *subforos*, *rentas en saco* y otras prestaciones análogas conocidas en Galicia y en alguna parte de Astúrias y Castilla, no solamente, como hemos indicado, caracterizan profunda y especialmente la propiedad territorial de esos pueblos, sino que á ellos mismos en todas sus manifestaciones les dan tambien un tinte peculiar y extraño.

No podemos hacer otra cosa que ligerísimas indicaciones; un estudio de las instituciones que nos ocupan necesitaria muchos volúmenes y altas dotes de inteligencia y de saber en el que lo realizára, que á la vez prestaria un servicio inmenso á las provincias en que estas instituciones existen, y á la nacion entera, que veria unificada, sistematizada y claramente definida la propiedad territorial española.

2. FORO: Es una institucion por virtud de la cual el dominio se desmembra segregándose el útil del directo, como sucede en

la enfitéusis; y sin embargo, ni el *foro* es la enfitéusis, ni por las mismas reglas pueden regirse ambos.

3. Una sentencia del Tribunal Supremo de Justicia (1), de importancia suma, no sólo parece que define el *foro*, sino que ademas lo caracteriza quitándole por completo el carácter de prestaciones señoriales y declarándolo completamente exceptuado de las prescripciones generales de las leyes de señoríos de 1811, 1823 y 1837.

Es, pues, el *foro* un contrato real por virtud del que el *aforante* otorga al *foratario* ó *forero* el dominio útil de una finca, mediante un cánon ó pension anual que éste paga en reconocimiento del dominio directo.

Como se ve, esta definicion puede ser lo mismo para el *foro* que para la enfitéusis, toda vez que no da á aquél condicion ninguna especial que la distinga; y tanto es esto así, que en otra sentencia (2) el mismo Tribunal Supremo da á los foros la naturaleza enfitéutica al declarar que afectan á la totalidad de la finca, aunque se halle dividida entre varios poseedores, á ménos que el aforante ó sus sucesores hayan aceptado la division: ¿será quizá la diferencia la no perpetuidad del *foro* en contraposicion á la perpetuidad de la enfitéusis? ¿Será quizá que la enfitéusis sólo pueda probarse por la escritura pública de su constitucion, y el *foro* por cualquier otro medio de prueba?

Así lo creemos con tanta razon, cuanto que la jurisprudencia del Supremo parece que lo viene constantemente demostrando (3).

Constituíanse los *foros*, desde antiguos tiempos, temporalmente; en general, por la vida de tres reyes y veinte y nueve años más; y parecia natural que, espirado este plazo, los dos dominios se convalidáran en el señor del directo. Resistieron siempre, sin embargo, los foreros privarse de su derecho miéntras cumplieran con pagar la pension; y allá, á mediados del siglo pasado (4), vá-

(1) Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 17 de Setiembre de 1872.

(2) Sentencias del T. S. de Justicia de 20 de Marzo de 1852, 20 de Febrero de 1860 y 9 de Mayo de 1861.

(3) Ley 3.ª, tít. XIV, Part. I, y Ley 28, tít. VIII, Part. V.—Sentencias del Supremo de 9 y 14 de Mayo de 1861, 22 de Setiembre de 1865, 13 de Mayo de 1868, 20 de Junio y 17 de Diciembre de 1872.

(4) Reales Provisiones de 1763, 1767, 1784, 1785 y 1789.—Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia de 30 de Octubre de 1863 y 4 de Junio de 1866.

rias Reales Provisiones garantizaron la exigencia de los enfiteutas ó foreros.

4. Dada esta ligera idea de los foros, veamos qué se entiende por *subforo.*

SUBFORO es un contrato real, tambien sin duda alguna, por el cual el *foratario* ó *forero* afora de nuevo los bienes ya aforados á favor de un tercero, que deberá tambien pagar su pension correspondiente: el subforero puede á su vez crear nuevos subforos, estipulando así pension sobre pension.

Entre el *foro* y el *subforo* no hay realmente diferencia esencial: el *subforero* podrá adquirir todos los derechos del *foratario,* si otra cosa no se estableciere en el contrato de *subforo;* pero si la finca se enajenase, sólo el señor del dominio directo tendrá derecho al laudemio.

Parecidos á los *foros* son las *cédulas* de *planturía*, los *foros frumentarios* y las *rentas en saco.*

Concedíanse las primeras sobre terrenos vinícolas por los Cabildos ó Comunidades: consistia la pension en un *quiñon* ó quinta parte de la cosecha, y revertia el dominio útil al señor del directo cuando se hacía improductivo.

Los *frumentarios* eran contratos particularísimos, que tenian por objeto el que la persona que careciese de bienes que aforar pudiera, sin embargo, formarse una renta forera sobre una finca ajena, á cuyo efecto, despues de vendida la finca el comprador la aforaba al vendedor mediante un cánon en fruto equivalente al rédito respectivo á la cantidad recibida.

Finalmente, la *renta á saco* era la venta del derecho á percibir en frutos una renta ó pension sobre fincas determinadas.

5. Hecho este ligero estudio, tócanos ahora señalar las derechos que corresponden al *aforante* y al *forero* y las causas por que se extinguen los foros.

6. *El aforante* tiene los derechos siguientes:

1.º El dominio directo en la finca aforada, probablemente segun unos con los derechos de laudemio y comiso; pues aunque no hay ley especial que los señale, parece que los foros deben regirse por las leyes generales de Partida.

2.º Derecho á cobrar la pension anual que debe darse en reconocimiento del dominio directo.

3.º El derecho de obligar á los llevadores ó poseedores forales

de la finca á que nombren un *cabezalero* sobre el que recaiga la obligacion de pagar la totalidad de la renta. No designan las leyes quién deba ser; pero la práctica indica unas veces al mayor partícipe, otras al cultivador directo de los terrenos.

4.° Pasados treinta años, por punto general, tiene el derecho de pedir el apeo ó deslinde de la finca, que es una operacion pericial, para que el dominio directo no disminuya y la finca y su extension sean bastante conocidas.

5.° El derecho de prorrateo para saber la parte de renta que corresponda á los foreros.

6.° Las fincas aforadas se consideran gravadas con hipoteca al pago del foro.

7.° Asístele tambien el derecho de impedir que sin su consentimiento grave el forero la finca.

8.° Puede obligarlo á que mantenga la finca en buen estado, puesto que de ello depende el pago de la pension.

7. El *forero* tiene en la finca:

1.° El dominio útil.

2.° El derecho de venderla siempre que se respeten las cargas del foro.

3.° Cuando se trate de prorateos, puede exigir la exhibicion de la carta foral.

4.° Si fuere demandado, el derecho de obligar al señor directo á salir á su defensa.

5.° En el caso anterior, si por consecuencia del pleito perdiere la finca, deberá ser indemnizado de los *guantes* ó vueltas que haya abonado (1).

8. Los foros se extinguen:

1.° Por cumplirse el término de su concesion: indudablemente que, en general hablando, teniendo en cuenta que los foros no suelen tener el carácter de perpetuidad que las enfitéusis, esta manera de concluir era natural y justa; pero ya hemos indicado que, por Reales cédulas, leyes y Reales provisiones se han venido considerando los foros como perpétuos hasta el punto de negar el progreso á toda demanda contra los foreros.

2.° El mutuo disenso.

(1) Entiéndese por guantes ó vueltas la cantidad que, cuando el cánon es menor relativamente al capital, entrega el forero en dinero por una sola vez al constituirse el foro y como compensacion al señor del dominio directo.

3.° El abandono de la hipoteca cuando corresponde á un tercero.

4.° La consolidacion de los dos dominios directo y útil.

5.° El haber perecido la finca aforada.

6.° La prescripcion de treinta años: parécenos que, así como el haber terminado el tiempo de la constitucion no es en los foros causa bastante para que se extingan, tampoco debe serlo la prescripcion.

7.° La redencion: respecto á ella se han suscitado cuestiones acerca de si el *forero* puede obligar al aforante á redimir, cuestion que por cierto no ha sido hasta ahora resuelta por ninguna disposicion legal, pues aunque la ley de 20 de Agosto de 1873 parece que abria ancho campo á las redenciones, esta ley (1) fué

(1) La ley 20 de Agosto de 1873 contiene las siguientes disposiciones:

Art. 1.° Se declaran redimibles todas las pensiones y rentas que afecten á la propiedad inmueble, conocidas con los nombres de foros, subforos, censos frumentarios ó rentas en saco, deshaucios, rabassa morta y cualesquiera otras de la misma naturaleza.

Art. 2.° El derecho de redimir estas cargas compete á los pagadores de las mismas exclusivamente. Este derecho es intrasmisible por sí solo, y una vez ejercido, no podrán enajenar los redimentes los predios, en cuyo beneficio recaiga, durante los cuatro años siguientes á la redencion, bajo pena de nulidad de los contratos que á este precepto contravinieren, á ménos que alguna desgracia hiciese venir á peor fortuna al interesado y le obligare á la venta.

Art. 3.° La redencion habrá de hacerse por rentas ó forales enteros, si lo exigiere así el perceptor y constáre la unidad de la renta en los títulos originarios ó novadores de la misma, ó en prorateos fehacientes en juicio.

Art. 4.° Cualquiera de los pagadores de una renta ó foral podrás olicitar y obtener la redencion total, segun el artículo anterior, si, requeridos los demas en acto conciliatorio, rehusasen hacerlo en cuanto á sus cuotas respectivas. Estas podrán ser despues redimidas por los pagadores individualmente, con arreglo á la presente ley; pero ínterin no lo fuesen, tendrá derecho á percibirlas el que haya hecho la redencion total de la renta.

No será necesario el prévio requerimiento de que habla este artículo, respecto á los interesados menores, incapaces, ó ausentes del municipio donde radiquen los bienes que se intentan redimir.

Art. 5.° Sin embargo de lo establecido en los dos precedentes artículos, podrán ser individualmente redimidas cualesquiera cargas de las que se trata, cuyo importe anual no baje de 25 pesetas y afecte á uno ó más predios rústicos, y las que graven á finca urbana cuyo valor exceda de 2.000 pesetas. Para los efectos de este artículo sólo se reputarán fincas urbanas los edificios construidos en las poblaciones agrupadas que se distinguen con las denominaciones de pueblos, pueblas, villas ó ciudades, ó los que construidos en el campo no lleven aneja tierra, cuyos productos se utilicen con labor ó sin ella.

Art. 6.° Cuando el capital de las cargas redimibles en virtud de esta ley constáre liquidado en el título de imposicion ó en los de adquisicion, siempre que este título ó títulos se hallen inscritos legalmente en el Registro de la propiedad correspondiente, la redencion se hará mediante la entrega en metálico del mismo capital ó su equivalencia.

modificada primero por otra del mismo año, y ambas declaradas en suspenso por una tercera en 1874. La importancia de estas leyes nos impulsa á incluirlas por nota.

---

Art. 7.º Las cargas redimibles, cuyo capital no fuere conocido de la manera declarada en el artículo anterior, se redimirán con sujecion á las reglas siguientes:

Primera. Las cargas de renta anual de 25 pesetas ó ménos se redimirán al contado y al tipo de un 4 por 400.

Segunda. Aquellas cuya renta excediere de 25 pesetas podrán redimirse, bien al contado, al tipo de un 6 por 100, bien durante cinco años, en cinco plazos iguales á razon de 100 de capital por cinco de renta. En este caso, el primer plazo se abonará al otorgarse la escritura de redencion, comenzando á contarse el segundo desde la misma fecha: hasta el completo pago continuará el perceptor cobrando la renta redimida, rebajada cada año la prorata correspondiente á lo satisfecho en los anteriores.

Servirá de base para la capitalizacion de las rentas pagaderas en especie la valoracion de ésta, conforme á la medida en que se pague la renta y el precio medio que en la capital del término municipal haya tenido durante el decenio inmediatamente anterior al año en que la redencion se verifique.

Art. 8.º Los gastos que originen las redenciones serán siempre de cuenta de los redimentes.

En las redenciones á plazo se contituirá, si lo exigiere el perceptor de la renta redimida, hipoteca especial sobre las fincas liberadas en garantía de los plazos futuros; pero si las fincas tuviesen ya otro gravámen inscrito en el Registro de la propiedad de cualquiera clase que fuere, los perceptores podrán rehusar la redencion ó plazo, miéntras no se cancelen tales gravámenes.

Art. 9.º Los que en la actualidad perciben rentas de las expresadas en el artículo 1.º, porque ellos mismos ó las personas á quienes heredaron las obtuvieron del Estado, á títulos de redencion, como procedentes de bienes nacionales, y cuyos copartícipes en el dominio útil no se aprovecharon por cualquier causa del beneficio de la reduccion durante el término legal, están obligados á otorgar la redencion parcial que de sus respectivas cuotas soliciten en cualquier tiempo dichos copartícipes, al mismo tipo y en iguales condiciones que ellos lo verificaron con el Estado.

Entre tanto que esto no se verifique, los expresados redimentes continuarán percibiendo como hasta aquí la renta con que contribuye ó debe contribuir en la actualidad cada uno de los mencionados copartícipes.

Art. 10. Fuera de los casos previstos en el artículo anterior, las rentas y pensiones adquiridas del Estado á título de redencion serán redimibles con sujecion á lo establecido en los artículos 2 al 8 inclusive de esta ley.

Art. 11. Los Jueces de primera instancia ó los Jueces ó Tribunales que en lo sucesivo ejercieren su actual jurisdiccion son los únicos competentes para conocer de los expedientes de cargos á que esta ley se refiere.

Las solicitudes de redencion se tramitarán en la forma estatuida por la ley de Enjuiciamiento civil para los actos de jurisdiccion voluntaria, oyéndose á las partes y recibiéndose sus pruebas en comparecencias verbales, sin formalizarse juicio ordinario. Los actos y demas actuaciones se extenderán en papel de oficio; los autos definitivos que recaigan en estos expedientes tendrán fuerza de sentencias definitivas, y las apelaciones que contra ellas se interpongan se admitirán y sustanciarán como las de los juicios de menor cuantía.

Para terminar las ligeras indicaciones que respecto á la institucion de los foros acabamos de hacer, debemos decir que hoy la materia es tan intrincada y difícil de resolver como lo era ántes de la publicacion de las novísimas disposiciones.

---

Art. 12. Queda abolido el laudemio en los contratos de foro y subforo, y su importe probable no se agregará en ningun caso al capital redimible.

Art. 13. Será nulo el contrato de subforo que en lo sucesivo se otorgase, cualesquiera que sean el nombre y forma que se le dieren. Los demas gravámenes de que hace mérito esta ley, que desde su promulgacion se impusieren ó reconocieren sobre la propiedad inmueble rústica ó urbana, serán redimibles en todo tiempo á tenor de lo prescrito en los artículoc anteriores.

Art. 14. La obligacion de pago de rentas forales, subforales y demas que son objeto de esta ley, no se reputará constituida en reconocimiento de dominio directo, sino en consideracion á los frutos. Tampoco se presumirá solidaria esta obligacion, á no ser que la solidaridad conste de una manera expresa, estipulada en los títulos originarios ó novadores de la carga, ó en prorateos fehacientes en juicio

Art. 15. Los expedientes sobre deslinde ó prorateo de rentas forales y subforales se sujetarán á las reglas establecidas en el art. 11 para las de redencion de las mismas cargas.

Los testimonios de los autos definitivos y sentencias firmes que recaigan en estos expedientes, declarando derechos reales, serán inscribibles en el Registro de la propiedad.

«Artículos adicionales: 1.º El Gobierno queda autorizado para dictar las disposiciones que armonicen las prescripciones de la presente ley, con lo que exija la naturaleza del contrato conocido con el nombre de *rabassa morta* en Cataluña.

»2.º Las disposiciones de esta ley son aplicables, en cuanto su naturaleza lo permita, á las cargas conocidas en Aragon con los nombres de *Treudos*. Respecto de éstas el laudemio será en todo caso el 2 por 100.»

En 16 de Setiembre de 1873 se dictó otra ley aclaratoria, que dice:

«Artículo único. El artículo 6 de la ley de 20 de Agosto de 1873 sobre redencion de foros, subforos y otras cargas de igual naturaleza se entenderá de la manera siguiente:

»Cuando en los títulos de imposicion de las cargas reales á que se refiere esta ley constáre el importe líquido del capital redimible, la redencion se hará satisfaciendo el pagador al perceptor una cantidad en numerario igual ó equivalente á dicho capital.

»De igual manera se redimirán las expresadas cargas reales cuando conste el importe líquido del capital redimible en los títulos de adquisicion de fecha anterior á la promulgacion de esta ley, siempre que dicho capital sea igual ó exceda del total de la capitalizacion de la renta, verificada al 6 por 100. En los demas censos la redencion tendrá lugar con sujecion á las reglas establecidas en el artículo anterior.»

Estas leyes fueron suspendidas por decreto del Poder Ejecutivo de la República en 22 de Febrero de 1874, cuyo tenor es el que sigue:

«Art. 1. Quedan en suspenso las leyes de 20 de Agosto y 16 de Setiembre del año próximo pasado, sobre redencion de foros, subforos, censos frumentarios, derechurías, rabassa morta y demas rentas, pensiones ó gravámenes á que dichas leyes se refieren.

»Art. 2. Quedan igualmente en suspenso en el estado en que se hallen todos los expedientes y juicios á que hubiese dado lugar la ejecucion de aquellas leyes.»

# LECCION XXXV.

**Instituciones del Derecho civil español. — De las cosas.— Derechos reales limitativos del dominio.—Continuacion.**

---

**SUMARIO.**

CENSOS.—CONSIGNATIVO.—1. Definicion del CENSO CONSIGNATIVO.—2. Su naturaleza. Opiniones.—3. Su orígen.—4. Su importancia.—DERECHO COMUN.—5. Elementos constitutivos del *censo consignativo*. — 6. *Cosa objeto del censo*. — 7. *Capital*. — 8. *Pension*. — 9. Tasa de la pension con relacion al capital. — 10. ¿ Estará abolida la tasa por la ley de Marzo de 1856? — 11. El *Censuario*. — Sus derechos y obligaciones. — 12. El *censualista*. — Sus derechos y obligaciones.—13. Quiénes pueden constituirlo y cómo se constituye. —14. Pactos que se le pueden agregar.—15. Cómo se extingue.—16. *Redencion*. Qué sea. Sus efectos.—17. El censualista no puede compeler al censatario á que redima. Excepciones.—18. *Prescripcion*. — DERECHO FORAL. — 19. ARAGON.—20. NAVARRA.—21. CATALUÑA.

1. CENSO CONSIGNATIVO : es un *Derecho real, en cuya virtud se exige del dueño de bienes determinados una pension anual impuesta sobre los mismos en compensacion del capital recibido en metálico.*

2. Los tratadistas, al ocuparse de la naturaleza de este censo, lo han hecho, ya queriendo considerarle como una hipoteca, ya como una servidumbre; de ambas se diferencia esencialmente: de la servidumbre personal, en que la cosa no sirve á una persona determinada; de las reales, en que no hay predio dominante ni predio sirviente ; de las hipotecas, porque éstas responden al reeembolso de un capital, y los censos consignativos sólo al pago de la pension ; su naturaleza, pues, consiste en ser un *Derecho real* que limita el ejercicio de la propiedad gravándola con una carga que es la pension anual (1).

3. Este censo aparece por los siglos XV y XVI, y algunos creen

(1) Covarrubias sostiene que es hipoteca. Molina, Avendaño, Sola y otros, dicen que es servidumbre.

que se quiso imitar á los *juros*, que tienen el mismo carácter, sólo que el censuario en éstos es el Estado, miéntras que en aquél lo es un particular.

4. El censo consignativo, como medio de hallar capitales que dedicados á la agricultura, á la edificacion ó á la industria puedan producir un aumento de riqueza sin la premia de una devolucion necesaria en un tiempo dado y con un interes módico, aunque perpétuo, pudo ser beneficioso y aceptable; lo será económicamente hablando, siempre que pueda redimirse, pues el irredimible es una carga, á veces muy pesada, para la finca sobre que se constituyó.

## DERECHO COMUN.

5. En el *censo consignativo* intervienen tres elementos capitales, que son: 1.°, cosa sobre que recaiga el censo; 2.°, capital entregado al censuario; 3.°, pension que éste debe pagar al censualista.

6. 1.° *Cosa objeto del censo.* Ha de ser raíz, fructífera y propia del censuario; puede constituirse tambien sobre un Derecho perpétuo, existente y determinado, pero no sobre cosas muebles ó frutos de una inmueble.

7. 2.° *Capital entregado al censuario.* Por punto general ha de consistir en metálico, cuya tradicion verdadera ó ficta debe tener lugar en el acto ó ántes de constituirse el censo (1).

8. 3.° *Pension.* Tambien ésta debe pagarse en dinero efectivo; pero si por razones de localidad no fuera posible al censuario pagar en dinero, podrá hacerlo en frutos, regulándose éstos sin exceso ninguno por reduccion (2).

9. Las leyes, temiendo que este censo degenerase en usurario, tasaron la pension relativamente al capital impuesto, haciendo para ello una diferencia entre los censos *redimibles* ó al *quitar*, en que la tasa era el 3 por 100, y los censos *irredimibles*, en los que no habia tasa, si bien, como más gravosos al censuario, el capital parece que debia ser superior.

10. Dispútase por los tratadistas si la ley de Marzo de 1856, que proscribió la tasa en los préstamos y dejó en plena libertad

(1) Ley 3.ª, notas 1 y 2.—Leyes 8.ª, 6.ª y 9.ª, tít. XV, lib. X, *Nov. Recop.*
(2) Id. id. id.

á los contratantes para que fijasen el interes que tuviesen por conveniente, ha concluido tambien con la tasa de los censos.

Los que sostienen que la tasa continúa se fundan en que la ley sólo habla de préstamos, y que no mencionando los censos, no puede creerse derogada la ley anterior, que marcaba para éstos la pension.

Los que, por el contrario, creen que la tasa está abolida, se fundan en una razon de analogía, pues el censo consignativo y el préstamo parece que tienen un mismo objeto, que es facilitar á una persona una cantidad mediante cierto premio. Verdad es que en el censo, especialmente en el enfitéutico, parece que el enfiteuta está más gravado; pero ello es lo cierto que el interes del capital, áun á despecho de la ley, tiende á nivelarse, y miéntras lo consigue, falta de allí donde ménos espera.

Conveniente sería, por lo tanto, que la ley de Marzo de 1856 se hiciese extensiva á los censos (1).

11. En el censo *consignativo*, el *censuario*, como verdadero dueño de la cosa, tiene todos los derechos señoriales; así, pues, la enajena, la dona, la deja por testamento, cambia sus condiciones, no paga luismo ni tiene que requerir para nada al censualista; puede exigir disminucion de la pension si los productos de la cosa han llegado á ser inferiores á ella sin culpa suya, y áun á dejar de pagarla, desamparando la finca.

Pero en cambio tiene la obligacion de pagar la pension, cuidar de que la cosa no se haga infructífera, y advertir al censualista, á la constitucion del censo, las responsabilidades y cargas á que esté afecta la cosa (2).

12. El *censualista* tiene el derecho á cobrar su pension, pudiendo reclamar las atrasadas, siempre contra la finca; pero si hubiese acreedor hipotecario ó censualista posterior, sólo podrá reclamar en su perjuicio la pension de dos años y del corriente, y lo mismo si la finca pasó á un tercer poseedor, si bien le queda siempre el derecho de repetir contra el censatario obligado (3).

Tendrá asimismo derecho, no sólo á cobrar la pension, sino á

---

(1) Ley de 14 de Marzo de 1856.
(2) Ley 2.ª, tít. xv, lib. x, *Nov. Recop.*
(3) *Ley hipotecaria*, artículos 114 y 117.

que el censatario grave á la seguridad del censo nuevos bienes, ó redima el censo siempre que la cosa se haya hecho infructífera por su culpa (1).

Así como á percibir la pension, aunque los productos de la cosa hayan disminuido sin culpa del censatario, siempre que basten á cubrirla. Si no bastáran, puede abandonar la cosa ó exigir que se disminuya la pension proporcionalmente á la del valor de la cosa. Si éste volviera á aumentar, se aumentaria la pension, pero sin que pueda exceder nunca de la primitiva, ni haya obligacion de pagar las pensiones por el tiempo que fué estéril (2).

13. Todos los que pueden disponer de sus bienes pueden constituir censo *consignativo* por contrato ó última voluntad (3).

La constitucion se hará en escritura pública y se tomará razon de ella en el Registro de la propiedad (4).

14. Pueden estipularse todos los pactos lícitos que no vayan contra su naturaleza; así que no se podrá estipular la no enajenacion, ni el pago de pensiones anticipadas, ni el Derecho de tanteo, ni el que caiga en comiso por no pagar la pension, pues aunque parece que la ley lo aceptaba como válido, y respecto al censo reservativo lo reconoce el Tribunal Supremo, la jurisprudencia siempre declaró nulo ese pacto, y hoy ha confirmado esa opinion el citado Tribunal (5).

15. Extínguese este censo:

1.° Por perecer totalmente la cosa acensuada, sin que renazca aunque aquélla se restablezca.

2.° Si se hace del todo y para siempre infructífera sin culpa del censatario.

3.° Cuando el censatario abandona la cosa ó la deja al censualista.

4.° Por la redencion.

5.° Por la prescripcion de treinta años.

Habiéndonos ocupado en párrafos anteriores de los medios de

---

(1) *Ley hipotecaria*, artículo 150.

(2) Idem id., artículos 151 y 152.

(3) Doctrina legal.

(4) *Ley hipotecaria*, artículos 2.°, 23, 25.

(5) Ley 68 *de Toro.*—1, tít. XV, lib. X, *Nov. Recop.*—Sentencia del Supremo, 30 Diciembre 1864, 9 Febrero 1871.

extincion señalados con los números 1.°, 2.° y 3.°, vamos á hacerlo de los dos restantes.

16. *Por la redencion*, que es *la entrega al censualista del capital y réditos que se le adeudan:* son redimibles, tanto los censos *perpétuos como* los al *quitar* (1); aunque esta legislacion varió por una Real cédula (2), hoy se ha vuelto á la primitiva. La redencion se hará conforme con la escritura de imposicion y por la cantidad que conste; en su defecto, por las leyes que la regulan ó la costumbre. Si hubiere convenio podrá hacerse por partes, y si no, y el capital no excede de cien mil reales, por mitad; si excede, por terceras partes (3). Si el censualista rehusáre, la decretará el juez, y se depositará el dinero á cargo y riesgo de aquél (4).

17. El censualista no puede compeler al censuatario á que redima sino en dos casos:

1.° Si ocultó las cargas de la cosa.

2.° Si despues de citarlo para redimir, se retracta (5).

18. *Por la prescripcion.* Distan mucho los tratadistas de estar conformes en este punto; miéntras unos creen que prescriben por treinta años, y otros distinguen el caso de que el que prescribe sea el que impuso el censo ó su sucesor universal y el singular, que con buena fe y justo título posee como libre la cosa y la prescribe por diez años entre presentes, y veinte entre ausentes, hay autores que exigen cuarenta años, prescripcion inmemorial, y áun que niegan pueda prescribirse jamas (6). Hoy no puede caber duda que se *prescribe el censo* (7).

Las pensiones tambien prescriben (8).

DERECHO FORAL.

19. ARAGON. Por una ley de la *Novísima* (9) se mandó que en Aragon se regulase el capital á razon de tres por ciento.

---

(1 Leyes 22 y 24, tít. XV, lib. X, *Nov. Recop.*

(2) 3 de Agosto de 1818.

(3) Ley de 3 de Mayo de 1823, restablecida en 2 de Febrero de 1837.

(4) Ley 24, tít. XV, lib. X, *Nov. Recop.*

(5) Ley 2.ª, tít. XV, lib. X, *Nov. Recop.*

(6) LASERNA, GOMEZ, SALA, GUTIERREZ: Febrero.

(7) Ley 27, tít. XXIX, Part. III; 29, tít. XIII, Part. V.—5, tít. VII, lib. IX, *Novísima Recop.*—Sentenc. del Sup., 9 de Marzo de 1863 y 4 de Julio de 1870.

(8) *Ley hipotecaria*, arts. 114, 115 y 117.

(9) Ley 9.ª, tít. XV, lib. X, *Nov. Recop.*

20. NAVARRA. La entrega del capital ha de ser en dinero y en el acto del otorgamiento. La pension fué primero del siete por ciento, despues del seis, y últimamente del cinco (1). No puede pactarse el comiso por falta de pago de la pension. Se extingue por la prescripcion de cuarenta años (2).

21. CATALUÑA. Se redujo la pension al tres por ciento. Es siempre redimible, y en su constitucion necesario el *pacto de retroventa*, á voluntad del vendedor (3).

---

(1) *Motu propio* de San Pio. V—Leyes 2.ª y 4.ª, tít. IV, lib. III, de la *Nov. Recopilacion*, de Navarra.

(2) Ley 27 de las Córtes de 1817 y 1818.

(3) VIVES, tomo III.

# LECCION XXXVI.

**Instituciones del Derecho civil español. — De las cosas. — Derechos reales limitativos del dominio. — Continuacion.**

**SUMARIO.**

CENSOS. — RESERVATIVO. — 1. DEL CENSO RESERVATIVO, su definicion. — 2. Cómo debe considerarse al *censualista*. — 3. Su diferencia del enfitéutico. — 4. Otros derechos limitativos del dominio. — ARRENDAMIENTO segun la *Ley hipotecaria*. — 5. DERECHO DE SUPERFICIE. — 6. Conclusion.

1. CENSO RESERVATIVO : es el *Derecho real á percibir cierta pension del poseedor de una finca á quien se ha cedido el dominio directo y el útil.* En este censo, á diferencia de la *enfitéusis* y *derecho de superficie*, el dominio no está dividido, el censuario tiene el dominio completo, pero limitado por la pension que debe satisfacer.

2. No parece que debe considerarse al censualista como un mero acreedor hipotecario, sino más bien como acreedor de dominio en virtud de la reserva hecha en su constitucion. El censuario puede librarse del censo abandonando la cosa al censualista, que estará obligado á admitirla, pero puede exigir los desperfectos abusivos (1).

3. Diferénciase este censo del enfitéutico en que :

El censatario tiene en él los dominios directo y útil ;

Puede vender la cosa sin permiso del censualista ;

No paga laudemio;

No cae en comiso por falta de pago de las pensiones. Se cuestiona si podrá ponerse pacto de comiso por no pagar las pensiones ; hoy una sentencia del Supremo ha declarado que puede añadirse ese pacto (2).

(1) Sentencia del Sup., de 20 de Enero de 1859.

(2) Ley 68 *de Toro*.—1, tít. XV, lib. X, *Nov. Recop.*—Sentenc. del Sup. de 30 de Diciembre de 1864.

4. A los derechos limitativos del dominio que hemos mencionado, hay que añadir, ademas del Derecho de superficie, uno creado por la *Ley hipotecaria*, relativo al arrendamiento de bienes inmuebles por más de seis años, ó en que se hayan anticipado las rentas de tres ó más años, siempre que estos contratos se hayan inscrito en el Registro de la propiedad y otorgado en escritura pública (1).

Es una limitacion del dominio, porque el señor de la cosa no podrá despedir al arrendatario miéntras no pase el tiempo estipulado, y aunque la finca se enajene, el comprador tampoco podrá hacerlo.

5. El DERECHO DE SUPERFICIE, limitativo tambien del dominio y parecido á la enfitéusis, *es el que nos asiste sobre el edificio que hemos construido en terreno ajeno, arrendado ó concedido para el efecto por tiempo determinado.* Al terminar el arrendamiento ó el tiempo, el edificio se hace del señor del suelo por la regla de que lo edificado en suelo ajeno cede al suelo, pero miéntras dura el Derecho de superficie da al superficiario los mismos que tiene el enfiteuta (2).

6. Hemos indicado todas las limitaciones que por razon de los derechos reales pueden afectar al *dominio;* otras hay que nacen de la voluntad ó de la ley, pero que no consistiendo en derechos *in re*, sino en derechos *ad rem*, no es éste el lugar oportuno de tratar de ellas.

---

(1) *Ley hipotecaria*, art. 2.º, núm. 5, arts. 23 y 336.

(2) Ley 8.ª, tít. XIII, lib. X, *Nov. Recop.*

# LECCION XXXVII.

**Instituciones del Derecho civil.—De las cosas.—Derechos reales similares del dominio.—La posesion.**

---

**SUMARIO.**

1 y 2. La posesion como Derecho real similar del dominio. — 3. Importancia de la teoría de posesion.—Derecho comun.—4. Definicion de la *posesion*. —5. Primariamente es un hecho.—6. Desde cuándo existe.—7. Cuándo el hecho se convierte en Derecho.— Teoría romana. —8. Cosas que pueden *poseerse*. — *Cuasi posesion.*—9 *Ánimo de poseer.*—Su necesidad.—Sus efectos.—10. Proceso filosófico de la posesion desde que se manifiesta como hecho hasta que se constituye en *Derecho posesorio.*—11. Primer Estado.— Poseedor sin justo título.—12. Segundo Estado.—Poseedor de buena fe y con justo título, pero sin *animus domini.*—13. Tercer Estado.—Poseedor con buena fe, justo título y *animus domini.*—14. Elementos constitutivos del *Derecho posesorio.*— 15. *Buena fe.*— 16. *Justo título.*—17. Efectos de la posesion con relacion al poseedor de buena y de mala fe.—18. Poseedor de buena fe.—19. Poseedor de mala fe.—20. Cómo se pierde la posesion.—21. Derecho hereditario como similar del dominio.—Derecho foral.—22. Aragon.—23. Navarra.

1. Al ocuparnos en lecciones anteriores de los *Derechos reales*, y despues de definir y examinar el *dominio* como el Derecho real por excelencia, dijimos que existian otros no ménos importantes que él, aunque sí más secundarios, de los cuales los unos se manifestaban como derechos *limitativos* de aquél, los otros como *similares;* hemos hablado ya de los limitativos, tócanos ahora hacerlo de los *similares.*

2. La posesion es entre los derechos *in re* similares del *dominio* el más importante y de uso más comun en la práctica, pero al mismo tiempo tambien el que presenta á nuestro estudio una teoría más difícil y controvertible.

3. Conocido el hecho de la *posesion* en todos los tiempos y en casi todos los pueblos como uno de los hechos que sirven de base al de la apropiacion, fué elevado á Derecho y regulado por las

leyes positivas. Aceptáronlo los romanos, y á sus leyes tenemos que acudir para hacer de la posesion un estudio detenido y concienzudo, por más que en ellas, como en las nuestras, la teoría de la posesion sea de las más difíciles y oscuras. Magistral y profundamente tratada se encuentra por eminentes escritores de Derecho, que á pesar de su alta ciencia no han podido esclarecerla por completo (1).

4. La *posesion* puede definirse *detencion material de una cosa, á la que imponemos nuestro poder y nuestra voluntad;* definenla elegante y filosóficamente las *Partidas*, diciendo *que es tenencia derecha que home ha en las cosas corporales con ayuda del cuerpo é del entendimiento:* esta definicion, asaz perfecta y bien meditada, nos puede servir de base para nuestro estudio (2).

5. Tenemos, pues, que la *posesion*, más bien que un Derecho considerada en sí es un hecho, *potius facti quam juris*, decian los romanos, y que para poderla considerar como *Derecho* es necesario que reuna dos condiciones, á saber: el hecho *material* de la *detentio* ó *tenencia* de la cosa, *justa, derecha,* y el acto puramente espiritual de la *voluntad inteligente.*

Por eso decian los romanos: *Apiscimur possesionem corpore vel animo.* Con ayuda del *cuerpo é del entendimiento*, dicen las *Partidas.*

6. El *hecho,* la *detencion*, existen desde el momento que nos apoderamos de la cosa por un acto de nuestra voluntad, sin que sea necesario que se ejerza sobre todas las partes de la cosa misma, pero sí que pueda sobre todas verificarse. No basta que el acto sea voluntario, es necesario que sea inteligente; así el loco, el infante, no poseen.

Y es que el hombre no puede dar valor legal á los hechos miéntras éstos no tengan un *fin.* La mera detencion no le tiene.

7. Sólo surge la *posesion* como Derecho cuando el hombre al aprehender una cosa lo hace con el *ánimo* de imponerle su personalidad.

El admirable sentido práctico del pueblo romano apreció de muy distinta manera ambos elementos, y sobre esas apreciaciones funda la teoría.

---

(1) SAVIGNI, MOLITOR, *Traité de la possession.*

(2) Leyes 1.ª y 2.ª, tít. XXX, Part. III.

8. Considerando indispensable la *detencion material*, no reconoce posesion sobre cosas incorporales que se escapan á todo acto material; pero como la humana inteligencia puede suponerles una existencia material, que realmente no tienen, reconoce el Derecho una *cuasi posesion* que produce los mismos efectos que la posesion verdadera.

9. Siendo igualmente indispensable el *ánimo* de poseer con un fin, es necesario que le acompañe una causa jurídica que lo legitime; si no, el que posee será un simple detentador: tendrá el hecho de la posesion, pero no existirá en él un verdadero *Derecho posesorio;* éste no aparece, no existe, por lo tanto, miéntras el que *posee* no lo hace *cum animus domini*, es decir, con el ánimo de hacerse dueño y señor de la cosa poseida; pero esto no puede tener lugar, legal ni moralmente, miéntras no exista una causa que nos haga creer que la cosa poseida nos pertenece, que es nuestra, y esa causa es el *justo título* de la posesion; pero es necesaria, ademas, la creencia racional de que ese *justo título* es muy bastante para darnos la propiedad de la cosa, y en esto consiste la *buena fe*, otro de los requisitos que deben acompañar al *animus sibi posidendi* para que la tenencia *material de la cosa*, ó lo que es lo mismo, el hecho de poseer, dé lugar al Derecho posesorio.

10. La legislacion romana, siguiendo el proceso racional de la posesion desde que aparece como un simple *hecho* de *material aprehension* hasta que presentándose adornada de todas las condiciones racionales para constituirse en Derecho, se convierte realmente en *Derecho posesorio*, considera la posesion en tres estados distintos, de los que ligeramente vamos á ocuparnos.

11. 1.° El *poseedor* se ha apoderado de la cosa por un acto de su voluntad, pero sin justo título, sin una causa jurídica que justifique esa posesion, es un mero detentador de la cosa; pero la posee, justa ó injustamente, le ha impreso su voluntad y su poder, un tercero viene á turbarlo por la fuerza en el ejercicio de esa posesion, el detentador tiene el derecho *vim vi repellere*, de repeler la fuerza con la fuerza, porque á nadie es lícito conquistar por la fuerza sus derechos.

12. 2.° Es un *poseedor* de buena fe, que posee en virtud de un título justo, pero que no posee *animus domini*, como el acreedor gajista, el arrendatario; pues bien, éstos no tienen el derecho posesorio que puede dar el dominio, porque no aspiran, por-

que no pueden aspirar á adquirirlo, toda vez que no tienen la intencion de hacer suya la cosa, que carecen de título para conseguirlo; pero poseen, porque entre ellos y el que tiene la posesion con ánimo de hacerse propietario ha existido un acto por virtud del cual, no sólo debe conservar la propiedad para su causante, sino defenderla de cuantos la ataquen, y por los medios que la ley concede para retener y recuperar la posesion (1).

13. 3.° Finalmente, el *poseedor* tiene una causa jurídica de poseer, *justo título*, posee con ánimo de hacerse dueño de la cosa poseida, de obrar en ella como verdadero propietario; éste posee, ó como tal *señor* ó *ad usucapionem*, es decir, ó excluyendo todo Derecho señorial, ó esperando que el lapso de tiempo determinado por la ley le dé los Derechos señoriales (2).

14. El verdadero *Derecho posesorio*, esto es, la posesion produciendo todos sus efectos, sólo existe en el último caso, cuando se posee con ánimo de hacerse señor de la cosa poseida por creer de *buena fe* que el título en virtud del cual poseemos es justo, ó lo que es lo mismo, bastante para darnos la propiedad de la cosa.

Así, pues, tenemos que para que exista el *Derecho posesorio* similar del dominio, y que pueda convertirse en verdadero y pleno dominio, se necesitan como requisitos indispensables *justo título* y *buena fe*.

15. *Justo título*, que, como ya hemos indicado, no es otra cosa más que la causa legal en virtud de la que nos creemos racionalmente dueños de una cosa, no creemos que sea necesario unirle, como hacen algunos autores, la cualidad de *traslativo*, pues el título originario de la ocupacion, por ejemplo, es muy bastante para dar á la posesion todo el carácter de Derecho que pueda desearse. Por razon del *justo título*, unos poseerán para sí y otros poseerán para sus causantes, como sucede al tutor, al arrendatario, que poseen para y por sus causantes (3).

16. *Buena fe*, es decir, creencia legal de que la cosa poseida nos pertenece y que somos dueños verdaderos de ella. La ley, que no puede juzgar sino por actos externos, presume la buena fe miéntras no se pruebe lo contrario; si prueba que la cosa perteneció á su padre, se supone que tambien á él le pertenece. A

(1) F. F. 12 y 10, *de Possesion*. D. 41, 2.
(2) F. 16 *de Usucap*. D. 41 3.
(3) Leyes 3, 4 y 5, tít. XXX, Partida III.

los tribunales de justicia toca decidir estas cuestiones, pero nadie puede ser privado de la posesion sin ántes haber sido oido y vencido en juicio, ni puede anularse la *posesion* fundada en prescripcion con buena fe y justo título (1).

17. *Efectos de la posesion.* Son éstos muy beneficiosos para el poseedor:

Que es considerado como señor y propietario de la cosa miéntras no se pruebe lo contrario (2).

Que no puede ser privado de la posesion sin ser oido y condenado en juicio (3).

Que podrá eludir la demanda de posesion y hacer entrar al contrario en la de propiedad, si ha poseido un año y un dia con buena fe y justo título (4).

Que pasado el tiempo queda prescrita la cosa (5).

En fin, que el poseedor de buena fe hace suyos los frutos hasta la contestacion á la demanda, si es vencido en juicio de propiedad (6).

Veamos, pues, cuáles son, respecto á los frutos, los efectos de la posesion, para lo cual la ley ha cuidado de distinguir entre el poseedor de buena y el de mala fe.

18. *Poseedor de buena fe.* Dos cosas hay que considerar respecto á él; sus derechos á los frutos y á resarcirse de los gastos hechos en la cosa.

En cuanto á los *frutos*, hemos visto que, áun vencido en el juicio de propiedad, los hace suyos hasta la contestacion á la demanda, si bien aparece en la ley una contradiccion, pues prefija que deban devolverse los percibidos, naturales é industriales no consumidos: la jurisprudencia del Supremo parece aclarar esta doctrina estableciendo que al contestarse la demanda ha de estar en la posesion material de la cosa (7).

---

(1) Leyes 6, 10, 5, 7, 8 y 9, tít. XXX, Partida III.—Ley 22, tít. XXIX, Partida III.—Ley 1.ª, tít. VIII, lib. XI, *Nov. Recop.*—Sentencias del T. S. de 28 de Junio de 1860 y 12 de Diciembre de 1859.

(2) Sentencia de 28 de Junio de 1860.

(3) Ley 2, tít. XXXIV, lib. XI, *Nov. Recop.*—Sentencias de 5 de Octubre de 1863 24 de Febrero de 1865.

(4) Ley 1.ª, tít. IX, *Orden. de Alcalá.*

(5) Ley 1.ª, tít. XXIX, Partida III.

(6) Ley 39, tít. XXVIII, Partida III.

(7) Ley 39, tít. XXVIII, Partida III.—Sentencias del T. S. de 6 de Febrero de 1862, 12 de Diciembre, 23 de Setiembre de 1864, 8 de Junio, 22 de Abril de 1859, y 9 de Marzo de 1866.

Los gastos *necesarios* y *útiles* se reintegrarán siempre al poseedor de buena fe; los *voluntarios* podrá exigir que se le abonen; pero si el dueño se negase á ello, tendrá derecho á sacar las cosas en que consistan (1).

19. *Poseedor de mala fe.* Éste debe restituir, no sólo todos los frutos que percibió, sino los que debió percibir : 1.°, si hurtó la cosa ó entró á poseerla sin derecho ; 2.°, si á sabiendas compró heredad ó cosa vendida en fraude de los acreedores del vendedor; 3.°, si se enajenó por fuerza ó miedo ; 4.°, si compró encubiertamente cosa vendida judicialmente, faltando á las formas ; 5.°, cuando en su adquisicion contraviene á las leyes. Si sólo adquirió de quien sabía no podia enajenar la cosa, y en todos los demas casos no marcados en este párrafo, devolverá los frutos percibidos, pero no los debidos percibir (2).

Los gastos *necesarios*, *impensas* y *gastos de produccion* se abonarán al poseedor de mala fe, los gastos *útiles* puede pedirlos, y si no se los abonan, sacar las cosas en que consisten las mejoras; los gastos *voluntarios* los pierde por completo y sin derecho alguno á reclamacion (3).

20. La *posesion se pierde natural* y *civilmente:* se pierde *naturalmente* en los bienes *inmuebles:*

1.° Si por un accidente puramente natural, como inundacion, avenida ú otros, no puede volverse á ocupar una heredad (4).

2.° Si se arroja por fuerza al poseedor de su heredad (5).

3.° Si en su ausencia otro ocupa la cosa y el primitivo poseedor no va á recuperarla, ó es arrojado y no se le permite al volver la entrada (6), ó sucede lo mismo al que posee en nombre del dueño no habiendo abandono malicioso, pues entónces no perjudica al poseedor, y debe ademas abonarle daños y perjuicios (7).

En los *bienes muebles:* cuando se caen al mar ó rio y no pueden ser hallados, cuando se pierden ó los hurtan, y los animales fie-

---

(1) Ley 44, tít. XXVIII, Partida III. — Sent. de Ultramar del Sup. de 26 de Junio de 1868.

(2) Idem id. id.

(3) Idem id. id.

(4) Ley 32, idem id.

(5) Ley 17, tít. XXX, Partida III.

(6) Idem id. id.

(7) Ley 13, idem id.

ros ó amansados, cuando recobran su libertad primitiva (1).

Téngase presente que en todos los casos dichos se pierde la posesion, pero no el dominio; así que, se puede perseguir la cosa donde quiera que se encuentre.

*Civilmente* la posesion se interrumpe por la contestacion á la demanda, pues desde ese momento se presume la mala fe, á no ser que recaiga despues sentencia favorable al poseedor (2).

21. Otro de los Derechos similares del dominio es el *Derecho hereditario*, que nace de la ley ó de la voluntad del testador, y del que nos ocuparémos muy detenidamente al hablar de las sucesiones.

## DERECHO FORAL.

22. Aragon. La posesion se adquiere natural ó civilmente segun consta del documento de adquisicion. No puede adquirirse por fraude ni violencia, ni contra un tercero que fuese declarado poseedor, pero no se puede perder sino prévio juicio contencioso (3).

23. Navarra. Si dos disputan sobre posesion de una heredad que ninguno de ellos ha labrado, se declara á favor del que la ha poseido por año y dia sin mala voz y percibiendo los últimos frutos de ella, pero estando obligado á dar fiador en el juicio de propiedad si se intentáre (4).

---

(1) Leyes 14, 17 y 18, idem id. id.

(2) Ley 29, tít. XXIX, Partida III.—Ley 6, tít. VIII, lib. X, *Nov. Recop.*

(3) Observ. *de fide instrum.*, lib. III. — F. único *de adquir. possess.* lib. VII.— F. único *de ocupat.*, y 2 *de daction. eorum.*, lib. VIII. — Observ. 23, *de privileg. gener.*

(4) Capítulo IV, tít. V, lib. II del *Fuero general.* — Ley 5, tít. XXXIV, lib. II, *Nov. Recop. de Navarra.*

FIN DEL TOMO PRIMERO.

# ÍNDICE

## DEL TOMO PRIMERO.

Págs.

# INSTITUCIONES

## DEL DERECHO CIVIL ESPAÑOL COMUN Y FORAL.

Págs.

Págs.

Págs.

Págs.

Págs.

FIN DEL ÍNDICE DEL TOMO PRIMERO.